

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MARCELO BASTOS FARIAS

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS:
DISTINÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADES**

FLORIANÓPOLIS

2013

MARCELO BASTOS FARIAS

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS:
DISTINÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADES

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Renata Raupp Gomes

Florianópolis

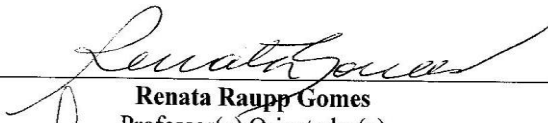
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

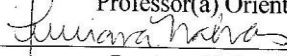
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros: distinções e inconstitucionalidades**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Marcelo Bastos Farias**, defendida em **06/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,5 (oit e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

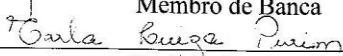
Florianópolis, 6 de dezembro de 2013.



Renata Raupp Gomes
Professor(a), Orientador(a)



Luciana Faísca Nahas
Membro de Banca



Carla Luiza Purim
Membro de Banca

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o direito sucessório dos cônjuges e dos companheiros, observando-se as distinções de tratamento conferidas a eles pelo Código Civil de 2002. Nesse sentido, tentar-se-á verificar se tal Diploma seguiu a orientação constitucional do art. 226, *caput* e § 3º, bem como se nele existem discriminações ao instituto da união estável. Almeja-se, portanto, o entendimento da diferenciação entre os regimes sucessórios para a averiguação de sua inconstitucionalidade, haja vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que ambos o casamento e a união estável constituem entidades familiares, merecedoras de especial proteção do Estado. Para tal fim, utiliza-se o método dedutivo, investigando-se, nos principais doutrinadores brasileiros, fundamentos para tal conclusão. Dessa forma, far-se-á o estudo da sucessão legítima do cônjuge e do companheiro. Logo após, propõe-se a compreensão do casamento e da união estável como entidades familiares, seguida de um esboço dos principais princípios constitucionais aplicáveis ao tema, para que, finalmente, possam ser bem caracterizadas as inconstitucionalidades em que incidiu o legislador do Código Civil de 2002 ao regular a sucessão causa mortis.

Palavras-chave: Código Civil de 2002, Casamento, União Estável, Direito Sucessório, Sucessão Legítima, Princípios, Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE	8
1.1 Noções Gerais	8
1.2 O cônjuge em concorrência com os descendentes	12
1.3 O cônjuge em concorrência com os ascendentes	16
1.4 O cônjuge como único sucessor	17
1.5 O direito real de habitação do cônjuge	17
2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO COMPANHEIRO	20
2.1 Noções Gerais	20
2.2 O companheiro em concorrência com os descendentes	25
2.3 O companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis	30
2.4 O companheiro como único sucessor	32
2.5 O direito real de habitação do companheiro	33
3 DIREITO SUCESSÓRIO E INCONSTITUCIONALIDADES NO CC/02	36
3.1 O casamento e a união estável como entidades familiares	36
3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao direito sucessório	40
3.3 As inconstitucionalidades do CC/02 referente à sucessão causa mortis	48
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, em seu art. 226, § 3º. O Código Civil, em seu art. 1723, também fez tal reconhecimento. Essa mudança de entendimento em nosso ordenamento decorreu da própria conceituação do instituto família. Hoje, esta é entendida como o lócus da realização pessoal de seus membros, como mero instrumento, e não mais um fim em si mesma.

Assim, partindo-se do pressuposto de que tanto o casamento quanto a união estável constituem entidades familiares, como estabelece o art. 226, § 3º, da Constituição, pretende-se, com este trabalho, demonstrar que a distinção de tratamento conferida pelo Código Civil de 2002 aos companheiros e cônjuges, em relação aos seus respectivos direitos sucessórios, é inconstitucional, uma vez que estabelece discriminações a institutos hierarquicamente equiparados na Constituição e que merecem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, da CF).

Para tanto, tentar-se-á evidenciar as principais distinções entre os dois sistemas sucessórios, a fim de que, ao final, seja possível examinar-se com os fundamentos devidos se realmente o Código Civil de 2002 viola a Constituição em tais pontos. Destaca-se que, nesse estudo, muitas divergências doutrinárias foram encontradas, mas sempre foi possível se verificar uma posição majoritária, a qual será utilizada nesta introdução para fins de maior clareza.

O primeiro capítulo explicitará como ocorre a sucessão legítima do cônjuge; o segundo, a do companheiro. Comparativamente, será verificado que o cônjuge, em relação aos descendentes comuns, nem sempre concorrerá, porque, dependendo do regime do casamento, estará excluído da primeira classe dos herdeiros legítimos, enquanto que, em relação aos descendentes comuns, o companheiro sempre terá direito a concorrer, independentemente do regime. O cônjuge, em concorrendo com os ascendentes, terá direito a no mínimo 1/3 da herança, que é a situação em que os dois ascendentes de primeiro grau do falecido estão vivos; terá direito, nas demais hipóteses, a 1/2 da herança, enquanto que o companheiro sempre herdará 1/3 da herança ao concorrer com os ascendentes do falecido, independentemente do grau. Por fim, sempre

que o falecido não deixar ascendentes nem descendentes, o cônjuge será sucessor único, herdeiro de totalidade da herança, enquanto que o companheiro só será sucessor único quando o falecido não possuir nenhum parente sucessível, incluindo-se, portanto, os colaterais até o 4º grau.

Feita essa comparação nos dois primeiros capítulos, o terceiro demonstrará a condição de entidade familiar do casamento e da união estável, demonstrando as similaridades fáticas de tais institutos, com embasamento teórico. Serão verificados, então, alguns princípios de grande relevância para o direito das sucessões, demonstrando-se que eles não são respeitados no Código Civil de 2002. Por fim, ainda no terceiro capítulo, tentar-se-á provar que o art. 1790 do Código Civil é inconstitucional, bem como a possibilidade, segundo alguns autores, de inconstitucionalidade em outros artigos relacionados ao tema sucessão.

Para a presente pesquisa, o método de abordagem empregado será o dedutivo e o procedimento a ser utilizado será o da pesquisa bibliográfica.

1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE

1.1 Noções Gerais

O direito das sucessões tem fundamento constitucional no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art. 5º, XXX, que garante o direito de herança. O inciso XXXI deste artigo dispõe, ainda, acerca da sucessão de bens de estrangeiros situados no país, estabelecendo que, nesse caso, ela acontecerá de acordo com a lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes for mais favorável a lei pessoal do *de cuius* (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 10, § 1º).

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança; XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do ‘de cuius’” (CF, art. 5º).

No Código Civil, o Direito Sucessório é tratado na Parte Especial, no Livro V (art. 1784 a 2027), o qual é subdividido em quatro títulos intitulados: I) Da Sucessão em Geral; II) Da Sucessão Legítima; III) Da Sucessão Testamentária; IV) Do Inventário e da Partilha. Ressalte-se que o tema a ser analisado encontra-se nos títulos I e II.

Ao adentrar-se mais individualizadamente o Direito Sucessório do cônjuge, verifica-se como pressuposto a ocorrência de um estado civil de casado, aquele entendido sob o manto da codificação civilista, que contraiu núpcias, não bastando, por conseguinte, a simples existência de um casamento religioso. Menção faz-se, contudo, a possibilidade de este gerar efeitos civis, nas hipóteses dos artigos 1515 e 1516 do Código Civil.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

Para uma melhor compreensão do direito sucessório do cônjuge, bem como do companheiro, é fundamental firmar-se algumas definições e delimitar-se o

campo de estudo, começando-se pela própria noção de direito das sucessões, que será utilizada em sentido restrito, tendo-se em vista a transmissão em virtude da morte de alguém, a ser regulada por todo um conjunto de normas específicas sobre bens, direitos e obrigações (CANDIL, 2012, p.66). Essa sucessão dos bens em virtude da morte também é conhecida como “sucessão causa mortis” ou “sucessão hereditária” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 24).

O falecido, titular dos bens, que é a pessoa física que veio a óbito, também pode ser denominado autor da herança, inventariado ou de *cujus*, ao passo que o indivíduo que passará a ocupar a titularidade das relações jurídicas, substituindo o autor da herança, é o herdeiro ou sucessor. A herança, patrimônio inventariado ou espólio significa a totalidade das relações econômicas, é uma universalidade de direitos e obrigações. É nesse contexto que o herdeiro sucede, diferentemente da figura do legatário, que sucede a título singular, não representando o defunto (CAHALI; HIRONAKA, 2007).

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 44) esclarece:

“Quanto aos efeitos, a sucessão pode ser a título universal e a título singular. Será universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, fração ou parte alíquota (porcentagem) dela. Pode ocorrer tanto na legítima quanto na testamentária. Nessa modalidade, o sucessor sub-roga-se na posição do finado, como titular da totalidade ou de parte da ‘universitas iuris’, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que se investe na titularidade de seu ativo, assume a responsabilidade por seu passivo”.

E continua elucidando, explicando que a sucessão legítima é sempre a título universal, uma vez que transfere aos herdeiros a totalidade ou fração ideal do patrimônio do de *cujus*, enquanto que a testamentária pode ser tanto a título universal quando singular. Quando singular, o testador deixará ao beneficiário um bem certo e determinado, denominado legado, como um veículo ou um terreno, por exemplo (GONÇALVES, 2012, p. 44 e 45).

A sucessão pode ser legal, testamentária ou, ainda, mista (GAMA, 2007). É perfeitamente possível a harmonia entre as duas formas de sucessão apresentadas. E, nesse ponto, é importante destacar que a sucessão legítima tem caráter subsidiário, nos termos do art. 1.788 do Código Civil:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento

caducar, ou for julgado nulo.

Sobre esse caráter subsidiário da sucessão legítima, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 155) explica:

“A sucessão legítima, também denominada ‘ab intestato’, opera-se por força de lei e ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos. Nesses casos, a lei defere a herança a pessoas da família do de cujus e, na falta destes, ao Poder Público”.

Acerca da sucessão testamentária, que deve ser tratada com primazia, verifica-se, entretanto, que na existência de herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, consoante texto do art. 1789 do Código Civil. Nesse momento, oportuno, portanto, a diferenciação das figuras do “herdeiro necessário” e do “herdeiro legítimo”.

Os “herdeiros necessários” (também designado legitimatário, reservatório, obrigatório ou forçado) são os que devem herdar obrigatoriamente, salvo na hipótese de praticarem, comprovadamente, ato de ingratidão contra o autor da herança previsto em lei como autorizador de deserdação. Eles não podem, portanto, ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido (GONÇALVES, 2012). Pertinente, nesse raciocínio, a compreensão de que todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário.

Os “herdeiros legítimos”, por sua vez, são aqueles que sucedem de acordo com o primeiro comando do art. 1786 do Código Civil, ou seja, em virtude de lei. É conceito mais amplo e que, como visto, abarca a espécie “herdeiro necessário”.

A sucessão legítima, que ocorre quando o *de cujus* falece “ab intestato”, é feita de acordo com uma sequência denominada “ordem de vocação hereditária” (GONÇALVES, 2012), a qual está prevista no art. 1829 e incisos do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Nesse ponto, observa-se a referência incorreta no inciso I do art. 1829, que aponta o art. 1640, parágrafo único, quando deveria, na verdade, indicar o art. 1641, o qual alinha as hipóteses em que o regime da separação de bens é obrigatório (GONÇALVES, 2012, p. 160).

Sobre essa ordem de vocação hereditária do art. 1829 do CC, Maria Helena Diniz (2013, p. 122-123) ensina:

“Na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo tal ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. A relação é, sem dúvida, preferencial; há uma hierarquia de classes obedecendo a uma ordem, porque a existência de herdeiro de uma classe exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente”.

Como visto, trata-se de ordem preferencial e que, inclusive, tinha caráter absoluto no Código Civil de 1916. No Código Civil de 2002, todavia, foi relativizada, pois o cônjuge supérstite, conforme o regime matrimonial de bens, adquire alguns direitos, como direito real de habitação e o usufruto vidual, em concorrência com os herdeiros das classes anteriores (GONÇALVES, 2012). Quando não obedece à referida ordem preferencial, a sucessão é dita anômala ou irregular, podendo-se dar como exemplo o art. 10 e § 1º, LINDB, cumulado com o art. 5º, XXXI, da CF, que regulam a sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, ou o art. 1831 do Código Civil, que prevê o direito real de habitação (DINIZ, 2013, p. 123-124).

Gonçalves (2012), sobre a razão da ordem de vocação hereditária, diz que o legislador funda-se na vontade presumida do falecido, indicando que, de acordo com o senso comum da sociedade, entende-se que o amor é maior em relação aos descendentes, fruto de seu afeto pelo outro genitor. Maria Helena Diniz (2013, p. 123) compartilha a mesma opinião em relação a esse assunto: “A lei, ao fixar essa ordem, inspirou-se na vontade presumida do finado de deixar seus bens aos descendentes ou, na falta destes, aos ascendentes, sem olvidar, em ambos os casos, a concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

E a ordem de vocação hereditária não foi sempre assim. Essa vontade presumida do falecido era entendida diferentemente em diplomas anteriores. GAMA (2007, p. 99-100) ressalta que as modificações trazidas pelo novo Código Civil visam proporcionar maior tutela àquele que partilhou todos os momentos de alegria e tristeza, bonança e decepções, felicidades e frustrações, bem como, toda ordem de esforços para a construção de um patrimônio, material e moral com o falecido.

Dessa feita, com o atual Código Civil de 2002, a situação do cônjuge melhorou em muito, uma vez que esse passou a ocupar a primeira classe ou linha preferencial na ordem de vocação se concorrer com os descendentes e não existindo estes, passando a ocupar a segunda classe ou linha em concorrência com os ascendentes e, diante da inexistência destes, ocupando a terceira classe ou linha preferencial e herdando, exclusivamente, toda a herança, nos termos do que dispõe o seu art. 1829 (CAHALI; HIRONAKA, 2007; GAMA, 2007).

Vistas algumas noções de direito sucessório, é fundamental se observar, ainda, que para a sucessão do cônjuge, é necessário que se figure o pressuposto do art. 1830 do Código Civil: que ao tempo do falecimento não estivesse o casal separado judicialmente, não divorciado, nem separado de fato há mais de dois anos (se incorrendo em culpa para o término da convivência).

O art. 1830 do CC deve ser duramente criticado, mais especificamente por a separação de fato constar como motivo impeditivo ao direito sucessório, haja vista que ela não extingue a sociedade conjugal e que é de uma total inexatidão o momento em que ela ocorre, e por tal dispositivo reavivar a noção de culpa pelo fim do casamento.

Por fim, em caráter introdutório, deve-se entender o significado de mais uma expressão: “herança jacente”, que caracteriza uma situação que ocorre quando se abre a sucessão sem que o *de cujus* tenha deixado testamento e tampouco há conhecimento da existência de algum herdeiro (art. 1819 do Código Civil), não incidindo a ordem de vocação hereditária vista, portanto.

1.2 O cônjuge em concorrência com os descendentes

Primeiramente, para haver concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, devem estar preenchidos os requisitos legais dos artigos 1830 e 1829, I, do Código Civil (DINIZ, 2013). O do art. 1830 do CC, como já apresentado, é aquele requisito geral e que deve estar presente para o acontecimento de todas as hipóteses de sucessão pelo cônjuge. Observe-se a literalidade do artigo:

“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente” (art. 1830 do

CC).

Além desse requisito genérico, há outro, esse específico para o caso de concorrência do cônjuge com os descendentes, e que está relacionado com o regime de bens adotado no matrimônio, com previsão no art. 1829, I, do CC:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares” (art. 1829, I, do CC).

Interpretando-se o art. 1829, I, do Código Civil, infere-se que o consorte só poderá ser casado sob o regime da separação convencional de bens, de participação final dos aquestos e comunhão parcial, se o falecido possuía patrimônio particular (DINIZ, 2013).

Sobre esse assunto, COELHO (2009) também esclarece que é imprescindível se observar o regime de bens, na hipótese de concorrência do cônjuge em primeira classe, isto é, concorrendo com os descendentes, destacando as hipóteses em que não o consorte não herdará:

- Comunhão universal de bens: não herda, só recebe a meação;
- Comunhão parcial de bens: não herda, inexistindo bens particulares;
- Separação obrigatória de bens: nunca herda, mesmo havendo bens particulares;
- Participação final nos aquestos: não herda, inexistindo bens particulares.

Justifica-se tal diferenciação de tratamento pela intenção do legislador, que era a de impedir o desamparo do viúvo com a morte do cônjuge, de forma que nos regimes listados acima em que ele não herdará, já caberá metade da totalidade dos bens na forma de meação, exceto no regime da separação obrigatória de bens (CAHALI; HIRONAKA, 2007).

É nesse ponto em que surge a dificuldade de justificar a não participação do cônjuge casado sob a obrigatoriedade do art. 1641 do CC, uma vez que não meará o patrimônio existente só de propriedade do falecido e ficará desamparado (COELHO, 2009).

Observando-se pelo outro lado, o cônjuge, em concorrendo com os descendentes, herdará nas seguintes hipóteses (COELHO, 2009):

- Separação convencional de bens
- Comunhão parcial de bens (com bens particulares)

- Participação final dos aquestos (com bens particulares)

Vistas as hipóteses em que o cônjuge concorre com os descendentes, passa-se agora a observar como ele concorre, verificando-se as regras existentes a essa sucessão de primeira classe.

Antes de tudo, deve-se fazer uma discussão quanto à comunhão parcial. Foi visto que, nesse regime, o cônjuge só herdará na hipótese de haver bens particulares deixados pelo *de cujus*. Tal regra configura, portanto, requisito para ocorrência da sucessão. Mas, considerando que tais bens existem, em que parte herdaria o cônjuge sobrevivente: em todo o acervo ou apenas em relação aos bens particulares do falecido?

Maria Helena Diniz (2013) afirma que a participação do cônjuge, nesse caso, incide sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cujus*, porque a lei não dispõe que a herança recai só sobre os particulares. Justifica tal posicionamento também no Princípio da Operalidade, uma vez que fica mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro, considerando-se todo o acervo hereditário. Zeno Veloso (2008) pensa da mesma forma, asseverando que os bens particulares são mera condição ou requisito para que o viúvo, casado por comunhão parcial, tenha capacidade para herdar.

Mas trata-se de questão polêmica. Na III Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado nº 270, que faz referência a tal tema, tendo sido firmado entendimento contrário:

“O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

A existência de bens particulares, nesse sentido, não seria apenas mera condição para a capacidade de suceder, mas incluiria também a porção na qual o cônjuge poderia herdar.

Outra regra importante acerca da concorrência do cônjuge com os descendentes, e que merece ser devidamente compreendida, está inserida no art. 1832 do Código Civil:

“Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer” (art. 1832 do CC).

Esse dispositivo quer dizer que, em havendo só descendentes comuns, ou seja, somente descendentes do cônjuge supérstite com o *de cujus*, nesse caso, será ele ascendência da prole deixada pelo falecido, havendo reserva de $\frac{1}{4}$ para si como garantia mínima. Dito de outra forma, se o cônjuge sobrevivente concorrer com descendente do falecido cônjuge, terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (DINIZ, 2013).

Já para a hipótese de haverem tanto filhos comuns quanto exclusivos do falecido, situação conhecida como filiação híbrida, há um entendimento no sentido de que deve ser reservada a quota mínima de $\frac{1}{4}$ do art. 1832, porque a lei não indicou que todos os descendentes devem ser comuns (CAHALI; HIRONAKA, 2007). A doutrina majoritária, no entanto, afirma pela divisão de quotas iguais entre os herdeiros e o cônjuge viúvo, independentemente do número de filhos, haja vista que a reserva de $\frac{1}{4}$ só é cabível se o cônjuge for ascendente de todos os descendentes em concorrência (COELHO, 2009).

Esse entendimento é reforçado pelo Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.

Sobre esse assunto, Maria Helena Diniz (2013) acompanha a doutrina majoritária, dizendo tratar-se de lacuna normativa que deve ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º da LINDB (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), fazendo referência ao princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º; CC, arts. 1596 a 1619). Assim, segundo a doutrinadora, todos os filhos devem receber quinhão igual, não se aplicando a quota mínima de $\frac{1}{4}$, devendo, também, aplicar-se o critério do “justum” (LINDB, art. 5º), considerando todos como filhos exclusivos e o viúvo recebendo o mesmo quinhão.

Outro caso possível de concorrência do cônjuge com os descendentes ocorre quando há descendentes só do falecido. Nessa circunstância, o cônjuge vivo herdará parcela idêntica à dos descendentes, com todos herdando por cabeça ou direito próprio. Se um dos filhos for pré-morto, sua prole herdará, por representação, a quota parte que o pré-morto receberia. Se todos os filhos forem pré-morto, no entanto, a prole será convocada a suceder por direito próprio ou cabeça (COELHO, 2009).

1.3 O cônjuge em concorrência com os ascendentes

Analizada a sucessão do cônjuge em primeira classe, prossegue-se agora com a sucessão de segunda classe, que corresponde à sua concorrência com os ascendentes.

Antes de tudo, deve-se observar que agora, diferentemente do que acontece na concorrência com os descendentes, o regime de bens adotado no matrimônio é irrelevante para a incidência ou não dos seus direitos sucessórios (DINIZ, 2013, p. 161), que ocorrerá conforme a previsão do art. 1836 do Código Civil: “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”.

Permanece, todavia, o pressuposto do art. 1830 do Código Civil, que, resumidamente, exige que a sociedade conjugal tenha persistido até o falecimento, ou, se não, que o viúvo não tenha tido obrado com culpa para a separação.

Adentrando-se os casos especificamente, verifica-se que quando o cônjuge sobrevivente estiver concorrendo com o pai e a mãe do falecido, receberá 1/3 da herança; e que quando estiver concorrendo só com o pai ou só com a mãe do falecido, ou, na inexistência destes, com ascendentes do falecido de grau superior (avós, bisavós, independentemente da quantidade), receberá metade da herança e a outra será distribuída em partes iguais entre os ascendentes. É assim que estabelece o art. 1837 do Código Civil:

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Sintetizando, conforme ensina Maria Helena Diniz (2013), se o cônjuge sobrevivo, na falta de descendentes do de cujus, concorrer com seus

ascendentes em 1º grau, terá direito a um terço da herança; e se concorrer com um só ascendente ou se maior for aquele grau, caber-lhe-á a metade do acervo hereditário.

1.4 O cônjuge como único sucessor

Na hipótese de inexistirem descendentes e ascendentes, acontecerá a sucessão pura e simples, e ao cônjuge será deferida a herança por inteiro, qualquer que seja o regime matrimonial de bens, inclusive o de separação obrigatória (DINIZ, 2013; COELHO, 2009). Essa sucessão, que é classificada como de terceira classe, também exige o requisito do art. 1830 do Código Civil, qual seja, comungar da sociedade conjugal até a data do falecimento, salvo impossibilidade que não tenha obrado com culpa. Nesse caso, o cônjuge será o herdeiro necessário, único e universal (DINIZ, 2013).

Abaixo, transcreve-se o art. 1838 do Código Civil em sua integralidade:

“Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente” (art. 1838 do CC).

O art. 1838 é bastante simples e autoexplicativo, não havendo divergência na doutrina ou na jurisprudência.

1.5 O direito real de habitação do cônjuge

Ao analisar-se o direito real de habitação, percebe-se uma colisão natural, decorrente do direito dos filhos à herança com o do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação. Este é entendido como o direito do cônjuge sobrevivente de permanecer no imóvel onde morava após o falecimento de seu consorte, independente do regime de bens de seu casamento, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do direito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia (art. 1831 do CC/02).

É interessante se observar que, por exemplo, o art. 1829, I, do Código Civil, excluí o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão universal de bens e também aquele casado pelo regime da separação obrigatória de bens, da

concorrência com os descendentes e, ainda assim, não o exclui do direito real de habitação.

Historicamente, é possível se perceber o direito real de habitação não é um instituto tão novo em nosso ordenamento, uma vez que o art. 1.611, parágrafo segundo, do Código Civil anterior, lhe contemplava desde o advento da Lei 4121/64 – Estatuto da Mulher Casada –, assegurando esse tipo de sucessão ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão universal de bens. O Código Civil de 2002, contudo, representa um acréscimo a esse instituto, uma vez que com a Lei 4121/64, tal direito, conforme já visto, era garantido apenas ao cônjuge sobrevivente casado em regime de comunhão universal de bens.

Acerca de sua natureza, há quem entenda que a norma do art. 1831 do CC visa a assegurar ao cônjuge sobrevivente um direito de moradia, ainda que outros herdeiros passem a ter a propriedade do imóvel (Recurso Especial 1.273.222, julgado em 18/06/2013). Para o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do julgamento desse recurso, assim como o usufruto, o direito real de habitação limita o direito de propriedade. Ele seria, então, um “direito de fruição reduzido”, que consiste no poder de ocupação gratuita de casa alheia.

Há quem entenda, também, inserir-se o direito do art. 1831 do CC na categoria de moradia, e não de usufruto, uma vez que o cônjuge sobrevivente pode continuar a residir no imóvel, mas não pode transferir a posse direta do mesmo para outras pessoas, sob qualquer título, seja transferência gratuita ou onerosa. E esta moradia não precisa ser exclusiva do cônjuge sobrevivente sobre o imóvel em questão, podendo ele estar acompanhado de sua família. O que importa é que o viúvo ou a viúva ali esteja residindo, mesmo que não tenha mais estado de viuvez.

Maria Helena Diniz (2013), sobre o direito real de habitação, entretanto, com parâmetro no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, afirma que o viúvo deve perder esse direito real de fruição sobre coisa alheia assim que contrair novas núpcias ou formar união estável, ainda que o art. 1414 do Código Civil preveja que o titular desse direito, embora não possa alugar, nem emprestar, tem o direito de ocupá-lo com sua família.

Por fim, como alerta tal doutrinadora, o direito de participação na herança e o direito real de habitação são autônomos. Assim, inexiste prejuízo ao cônjuge que renuncia a um deles isoladamente, quanto ao outro direito. Nessa linha, surgiu o Enunciado nº 271 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, confirmando tal orientação: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”.

2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO COMPANHEIRO

2.1 Noções Gerais

O Código Civil de 1916 não concedia direito sucessório aos “concubinos”. Os dispositivos legais que tratavam do concubinato proibiam expressamente que o testador casado beneficiasse em testamento sua concubina, seja nomeando-a herdeira ou beneficiando-a como legatária. A finalidade era proteger a família legítima diante do concubinato, que era entendido como uma relação imoral que não deveria produzir efeitos jurídicos (CANDIL, 2012, p. 71).

Contudo, com o advento da Lei 8971/1994, o companheiro passou a ter praticamente o mesmo direito sucessório previsto para o cônjuge supérstite, faltando apenas, para alcançar tal feito, a concessão do direito real de habitação, o que ocorreu na sequência, por meio da Lei 9278/96, que surgiu para regulamentar o § 3º da Constituição Federal de 1988 (CANDIL, 2012, p. 72).

Teria a Lei 9278/96 revogado a Lei 8971/94? Para a posição majoritária, a Lei 9278/96, ao estabelecer o direito real de habitação, complementou os direitos previstos pela Lei 8971/94, uma vez que não houve revogação expressa e a lei posterior não disciplinou inteiramente a matéria (CANDIL, 2012, p. 73).

Com o Código Civil de 2002, no que tange ao direito sucessório dos companheiros, observa-se que o legislador, em vez de fazer as devidas adaptações que já eram esperadas pela doutrina, tendo em vista os direitos concedidos pelas Leis 8971/94 e 9278/96, colocou-os numa situação de desprestígio, em comparação com o direito sucessório dos cônjuges.

A primeira coisa que se observa ao identificar-se o direito sucessório dos companheiros no novo Código Civil é a sua peculiar localização. Diferentemente do que ocorre com o direito sucessório dos cônjuges, o assunto foi inserido no Capítulo que trata das “Disposições Gerais”, “Da Sucessão em Geral”, e a matéria nada tem a ver com disposições gerais (CANDIL, 2012, p. 80).

Sobre tal tema, entende-se que ele deveria constar do art. 1829 do Código Civil, na ordem de vocação hereditária, e que houve, portanto, uma falha legislativa, como bem se explica abaixo:

“Observa-se, ‘in casu’, uma falha legislativa, devido à falta de inserção do companheiro na referida ordem, em que deveria estar situado ao lado do cônjuge. Os seus direitos hereditários, todavia, embora reconhecidos, são disciplinados em local inadequado, no capítulo das Disposições Gerais do Título I, concernente à Sucessão em Geral, mais precisamente no art. 1.790, que será comentado adiante” (GONÇALVES, 2012, p. 161).

E, além da má localização, Maria Berenice Dias (2009, p. 162) também faz crítica quando ao conteúdo desse artigo, afirmando que “O direito sucessório dos companheiros foi tratado – e muito mal tratado – em um único dispositivo (CC, art. 1.790)”.

Primeiramente, assevera-se que, independente de qualquer regime de bens adotado na união estável, o caput do art. 1.790 enuncia duas exigências fundamentais para a sucessão mortis causa entre companheiros: que os bens tenham sido adquiridos durante a constância da relação e a título oneroso. Aplicando-se o argumento “a contrario sensu”, tem-se que os adquiridos antes da união estável ou por doação inter vivos ou mortis causa não são objetos de herança entre os companheiros. (NADER, 2010, p. 159).

E, sendo assim, considerando-se tais requisitos, o companheiro supérstite, na hipótese de não existirem bens comuns amealhados durante a convivência, nada receberá a qualquer título, nem como meeiro, nem como herdeiro, e mesmo que o de cujus não tenha descendente ou ascendente, pois a herança será deferida aos colaterais até o 4º grau (DINIZ, 2013). O professor Sílvio Rodrigues faz uma análise dos bens adquiridos na constância da união estável, e conclui da mesma forma, dizendo que se durante a união estável dos companheiros “não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável” (2007, p. 118).

Sobre herança e meação, a Maria Helena Diniz (2013) adverte para não se confundir o direito à herança, que se reconhece ao consorte sobrevivente, com sua meação. A meação é um efeito da comunhão, sendo regida pelas normas alusivas ao direito de família, enquanto o direito sucessório, em regra, independe do regime matrimonial de bens. Da meação o consorte é titular por direito próprio, sendo ela, portanto, intangível. Já a herança é objeto de um direito adquirido com o óbito do outro cônjuge, de que o consorte pode ser ou não titular, conforme a ordem de vocação

hereditária. Assim, antes de se aplicarem as regras do direito sucessório, deve-se separar a meação do companheiro sobrevivente, respeitando o regime de bens da união estável (CANDIL, 2012, p. 91).

Ainda em relação ao “caput” do art. 1790 do Código Civil, outra crítica que se faz é sobre o que teria motivado tais requisitos, uma vez que é uma distinção muito grande para institutos muito similares, e se haveria adequação social nessa diferenciação. Maria Berenice Dias (2008) pensa que o direito deve ser fluido em questões desse tipo, impulsionando o desenvolvimento social ou a ele se adaptando, e não agindo de forma contrária. Seria necessário, portanto, adequar-se a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, que, segunda a autora, muitas vezes são editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade.

Com opinião afim, Zeno Veloso (2005, p. 243) opina:

“Restringir a incidência do direito sucessório do companheiro sobrevivente aos bens adquiridos onerosamente pelo de cujus na vigência da união estável não tem nenhuma razão, não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema, podendo gerar consequências extremamente injustas: a companheira de muitos anos de um homem rico, que possuía vários bens à época em que iniciou o relacionamento afetivo, não herdará coisa alguma do companheiro se este não adquiriu outros bens durante o tempo da convivência. Ficará essa mulher - se for pobre - literalmente desamparada, mormente quando o falecido não cuidou de beneficiá-la em testamento”.

Outro fator limitante do direito sucessório dos companheiros é a impossibilidade de modificá-lo pela escolha do regime de bens adotado na união estável. Simplesmente, para esse fim, subentendem-se as regras do regime legal, ainda que essa opção legislativa seja extremamente injusta e desconsidere a equalização entre cônjuge e companheiro determinada pela Constituição Federal brasileira (HIRONAKA, 2005, p. 61).

Igualmente, mais uma característica que se percebe na análise do direito sucessório dos companheiros e que confirma o pensamento de Maria Berenice Dias de que este foi “muito mal tratado”, depreende-se da ausência do companheiro no art. 1845 e sua presença no art. 1790 do Código Civil.

Enquanto com o Código Civil de 2002 o cônjuge passou à condição de herdeiro necessário, o companheiro não auferiu tal posição, pela simples falta de previsão legal: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” (art. 1845, CC).

O cônjuge está abarcado na ordem de vocação hereditária, faz jus à legítima (aos herdeiros necessários é assegurado metade do acervo que integra a herança) e a herança lhe é automática e obrigatoriamente transmitida nas hipóteses legais. O companheiro, por sua vez, não goza do mesmo privilégio. É simplesmente herdeiro legítimo e não herdeiro necessário. Como herdeiro facultativo, pode, imotivadamente, ser excluído da sucessão, conforme dispõe o art. 1850 do Código Civil, bastando que o testador disponha de seu patrimônio sem contemplá-lo.

Assim, em face do artigo 1845 ser taxativo quanto ao rol dos herdeiros necessários, a posição majoritária é no sentido de não considerar o companheiro herdeiro necessário, a exemplo de Maria Helena Diniz (2013), Francisco Cahali (2007) e Guilherme Calmon (2007).

Maria Helena Diniz (2013, p. 170), sobre a condição do companheiro como herdeiro necessário ou não, afiança:

“Pelo art. 1790, I a IV, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do de cujus, na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro “sui generis”, pois é sucessor somente quanto à meação do falecido, relativa aos bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial”.

Francisco Cahali (2007, p. 181), por sua vez, apega-se a literalidade do art. 1845 do CC, afirmando que “de qualquer forma, inexistindo a sua inclusão como herdeiro necessário, tal condição não lhe pode ser estendida, diante da sua ausência no art. 1845”.

Contudo, tal posição, ainda que a majoritária, não é a única sobre esse assunto. Há quem pense o contrário: Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2004) e Ana Luíza Maia Nevares (2006), por exemplo, entendem que o companheiro é herdeiro necessário pela interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, pela própria redação do art. 1790 do Código Civil, que dispõe acerca da participação do companheiro sobrevivente em caráter de certeza. Em segundo lugar, pela redação do art. 1850 do Código Civil, que prevê a exclusão dos herdeiros colaterais da sucessão através de disposição do testador de seu patrimônio sem os contemplar, não fazendo qualquer menção aos companheiros.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2004, p. 593) reforça seu pensamento ainda com outros argumentos:

“Em nossa opinião, portanto, o companheiro é herdeiro necessário da mesma forma que o cônjuge também o é, pouco importando se a tal conclusão se

chega em virtude da interpretação gramatical, vale dizer, considerando-se os verbos utilizados no artigo 1790, ou se tal resultado se atinge através da (também possível) interpretação extensiva do artigo 1845, entendendo-se que o termo cônjuge, usado pelo legislador, também está abrangendo o companheiro. Aliás, veja-se que o legislador, ao se referir à exclusão dos herdeiros através de testamento, apenas mencionou a possibilidade de exclusão dos colaterais (art. 1850), nada dizendo em relação ao companheiro”.

Como se verifica, essa segunda posição, embora minoritária, goza de bom prestígio dentre alguns doutrinadores, tanto que os juízes das Varas da Família e das Sucessões do Interior de São Paulo, reunidos em Piracicaba, em novembro de 2006, depois de extensos debates, por meio de dois terços dos participantes do encontro, aprovaram alguns enunciados, em evento organizado pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo e que teve apoio da Associação Paulista de Magistrados. O enunciado 51 surgiu nesse contexto e é referente ao tópico aqui debatido:

“O companheiro sobrevivente, não mencionado nos arts. 1.845 e 1.850 do Código Civil, é **herdeiro necessário**, seja porque não pode ser tratado diferentemente do cônjuge, seja porque, na concorrência com descendentes e ascendentes, herda necessariamente, sendo incongruente que, tornando-se o único herdeiro, possa ficar desprotegido” (grifo nosso).

Por fim, da mesma forma que se questionou se a Lei 9278/96 teria ou não revogado a Lei 8971/94, e entendeu-se que não, com a regulação da matéria pelo novo Código Civil também foram suscitadas dúvidas.

Há quem entenda que restaram tacitamente revogadas as Leis 8971/94 e 9278/96, em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inseriu o título referente à união estável no Livro de Família e incorporou, em cinco artigos (1723 a 1727), os princípios básicos das aludidas leis (GONÇALVES, 2012). Tal situação, para alguns doutrinadores, configuraria hipótese de revogação global, que é a que ocorre quando uma lei nova regula inteiramente a matéria tratada na lei antiga, de modo que os dispositivos desta não repetidos por aquela são entendidos como revogados, mesmo que compatíveis com o novo texto.

Posição majoritária, todavia, é no sentido de que as leis não sofreram revogação global, tendo sido revogadas apenas nos dispositivos incompatíveis com o novo Diploma. Sílvia Venosa (2009), por exemplo, ao defender a sobrevivência do parágrafo único do art. 7º da Lei 9278/96 à luz do Código Civil de 2002, está se posicionando nessa linha.

Maria Helena Diniz também defende o direito real de habitação para o companheiro, argumentando que, diante da omissão do Código Civil (norma geral), o art. 7º, parágrafo único, estaria vigente, por ser norma especial.

Corroborando esse pensamento, há ainda o enunciado nº 117 aprovado na jornada de direito civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, que afirma não ter sido revogada a previsão do direito real de habitação da Lei nº 9278/1996.

Apresentadas as noções gerais sobre o direito sucessório dos companheiros, passa-se agora a uma análise pormenorizada da sucessão em hipóteses mais específicas e determinadas.

2.2 O companheiro em concorrência com os descendentes

Para o estudo da sucessão do companheiro em concorrência com os descendentes, deve-se ficar atento ao art. 1790 do Código Civil, com destaque para os incisos I e II. Não se pode esquecer, outrossim, que a interpretação dos incisos deve se dar de acordo com o “caput”, ou seja, apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

De forma geral, do inciso I extrai-se que o companheiro, “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Já no inciso II, está disposto que “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”.

Assim, fica subentendido que se todos os herdeiros forem filhos do casal, o companheiro receberá fração igual à de seus filhos, com a herança sendo dividida por cabeça entre todos. É como se o companheiro fosse mais um filho, para efeitos de contabilização. Maria Berenice Dias (2008, p. 175) explica praticamente como funciona tal dispositivo:

“Se há um só filho, a herança é dividida por dois. Sendo dois filhos, eles recebem dois terços da herança, e o companheiro um terço. O mesmo ocorre se forem três os filhos: cada um recebe uma quarta parte, e assim por diante. A divisão é sempre igual entre os filhos e o seu genitor”.

Já no caso de concorrência do companheiro com descendentes só do autor da herança, estes recebem o dobro do companheiro sobrevivente. Ou seja, o companheiro fará jus à metade do que recebe cada um dos enteados. E, para proceder-se

à partilha, deve-se multiplicar por dois o número de filhos e somar mais um, que é a fração do parceiro. Assim, se dois forem os filhos, a herança precisa ser dividida por cinco, recebendo cada filho duas partes e o companheiro uma parte (DIAS, 2008, p. 175).

Analisando-se com atenção os incisos I e II, percebe-se que o legislador referiu-se no inciso I a “filhos” e no inciso II a “descendentes”. A professora Ana Luiza Maia (2006), sobre essa diferenciação, faz uma crítica, afirmando tratar-se de má redação da lei e que se deve interpretar extensivamente o art. 1790, inciso I, do Código Civil de 2002, entendendo-se que a intenção do legislador foi referir-se de modo amplo aos descendentes do autor da herança, explicando que outra exegese não seria possível, uma vez que a interpretação restritiva do dispositivo em exame levaria à ausência de previsão legal para a hipótese da concorrência do companheiro com os demais descendentes comuns do de cujus, como os netos. Esclarece, ainda, que não há razão para que os netos recebam quotas diferenciadas em relação aos filhos quando ambos sucedem por direito próprio. Nesta hipótese, os descendentes devem suceder da mesma forma, quer sejam filhos, netos, bisnetos, etc.

As críticas são muitas por toda parte da doutrina e, ainda em referência ao inciso I, acerca da redação do dispositivo, quando à dúvida se no caso dos demais graus de descendência, esses herdeiros se enquadrariam no inciso I ou no inciso III (“outros parentes sucessíveis”), Maria Berenice Dias (2009, p. 175) conclui que, com o fim de resguardar simetria com a concorrência do cônjuge, o mais coerente é entender que o termo “filhos” equivale ao termo “descendentes”.

Flávio Tartuce (2013) e Maria Helena Diniz (2013) também são da mesma opinião, opinando que é forçoso concluir que o inciso I também incide nas hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido. Nesse sentido, o Enunciado 266 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Observa-se, portanto, que houve uma má redação da lei, pois o inciso I se refere a filhos e o inciso II refere-se a descendentes. Conclui-se, então, que o inciso I deve ser interpretado de forma ampliativa, abrangendo os descendentes comuns, a fim de evitar injustiças, como na hipótese de não haver filhos comuns, mas sim netos

comuns. Nesse sentido, há um enunciado de Francisco Cahali, aprovado durante a III jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Aplica-se o inciso I do art., 1790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Logo, infere-se do inciso I do art. 1790 do Código Civil, na verdade, que se o companheiro concorrer com descendentes comuns (expressão mais ampla que filhos), a herança será dividida em quotas iguais.

Contudo, ainda que essa seja a posição dominante acerca do inciso I do art. 1790 do CC, merece destaque outra posição doutrinária. Segundo Aldemiro Rezende Dantas Júnior, por ter a lei utilizado de forma clara a palavra filhos, restringiu a incidência do dispositivo, não sendo possível, dessa forma, outros descendentes, como netos, bisnetos, etc., herdarem por esse inciso. Assim, deixando o falecido somente a companheira e um neto comum, não se aplicaria no caso concreto o inciso I do artigo 1790, mas o inciso III, que de forma ampla se refere aos outros parentes sucessíveis, que são todos aqueles que não estão previstos nos incisos anteriores. Segundo o autor, a utilização da palavra filhos teria ocorrido propositadamente:

“O legislador, de modo claro, pretendeu se referir aos filhos, exclusivamente, e não aos descendentes, e tanto assim que usou o termo duas vezes, pois após mencionar a concorrência do companheiro com os filhos, referiu-se à quota atribuída ao filho” (DANTAS JÚNIOR, 2004, p. 595).

Vistas as hipóteses de concorrência do companheiro com descendentes comuns e do autor da herança, estudar-se-á agora uma situação que, embora envolva essas duas tratadas anteriormente, constitui caso novo, uma vez que ocorre a reunião dos incisos I e II do art. 1790 do CC em uma única cena.

Trata-se do fenômeno da filiação híbrida, que nada mais é que a concorrência do companheiro em simultaneidade com seus descendentes comuns e com os descendentes do de cujus. Sobre esse assunto, verifica-se de plano que o código civil é omissivo, ocorrendo situação, portanto, não descrita na norma. Assim, inferindo-se a inexistência de solução legal para o caso, surgiram, basicamente, três correntes fundamentais para tentar identificar a melhor solução para o caso.

Para a primeira corrente, em casos de sucessão híbrida, deve-se aplicar o inciso I do art. 1790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já

que os "filhos comuns" estão presentes, e eles são o único requisito para a incidência do dispositivo, na literalidade da lei.

Esse entendimento é o majoritário na tabela doutrinária de Cahali (2007): Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Silvio de Salvo Venosa, dentre outros, pensam dessa forma.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p. 47-48), é perfeitamente possível interpretar o dispositivo e solucionar a questão, diante da inserção do advérbio “só” no inciso II. Desse modo, o companheiro tem direito à quota equivalente à que por lei for atribuída a cada filho do falecido, ainda que alguns deles sejam apenas do ex-companheiro. Haveria, para ele, redução da quota do companheiro à metade da quota de cada filho somente se o falecido deixasse apenas filhos próprios dele.

Por meio de uma interpretação literal, contudo, verifica-se que o advérbio "só", do inciso II do art. 1790, indica que existem parentes que não têm vínculo com o cônjuge supérstite e são, portanto, "somente" do de cujus. Dessa forma, percebe-se que o significado do "só", ali mencionado, não é o de restringir a incidência do dispositivo para os casos de existirem tão somente herdeiros exclusivos.

Feita a ressalva, volta-se à situação de inexistência de solução legal. É conveniente destacar, ainda, o problema que esse entendimento enfrenta, qual seja, o de prejudicar os filhos exclusivos do *de cujus*, uma vez que estes não têm nenhum laço de parentesco consanguíneo com o companheiro sobrevivente e terão sua quota reduzida.

Para a segunda corrente, presente a sucessão híbrida, deve-se aplicar o inciso II do art. 1790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança). Alguns autores que se filiam a tal corrente são, segundo Flávio Tartuce (2013), além dele próprio, Gustavo René Nicolau, Fábio Ulhoa Coelho, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso.

Como visto, ainda que posição minoritária, é a opção de respeitáveis doutrinadores, como Zeno Veloso (2005, p. 245), que opina: “Penso que, ocorrendo o caso acima apontado, o inciso II deve ser aplicado, cabendo ao companheiro sobrevivente a metade do que couber a cada descendente do autor da herança”. Outra

explicação possível é que como a sucessão é do falecido, em havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como sendo dele, do falecido (TARTUCE, 2013).

Maria Helena Diniz (2013) pondera que, ante a omissão da lei, emprega-se o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, devendo-se privilegiar o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º; CC, arts. 1596 a 1629). Nesse caso, então, será o vínculo de filiação com o “autor sucessor” o fator determinante para a sucessão, utilizando-se ela, ainda, do art. 5º da LINDB para esse posicionamento.

Essa corrente, no entanto, também encontra problema, pois dá preferência aos descendentes, lesando o convivente, que receberá menos, por ser tratado como não ascendente de nenhum dos herdeiros, quando na verdade o é (DINIZ, 2013).

Por fim, há uma terceira solução, a qual propõe uma composição entre as duas hipóteses legais. Trata-se da aplicação de uma equação chamada, conforme ensina Maria Berenice Dias, de “Fórmula Tusa”. É uma média ponderada que aumenta a participação do convivente quanto maior for o número de filhos comuns e, no caminho inverso, diminui a participação do convivente na medida em que é maior o número de filhos exclusivos do de cujus (2008, p. 176).

Como explica Tartuce (2013), dentre tantas fórmulas, destacou-se a Fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, com o auxílio do economista Fernando Curi Peres, porque ela compõe uma razoabilidade tanto da norma do inciso I, quando do inciso II do art. 1.790. Para se estabelecer a média ponderada, é necessário multiplicar o número de filhos comuns por 1 e o de exclusivos por 0,5. Somados os dois resultados, divide-se pelo número total de filhos: o resultado é o coeficiente de quanto o convivente herdaria em relação aos filhos do de cujus.

Assim, preserva-se o direito do sobrevivente sem desrespeitar a norma constitucional que impede discriminação entre filhos (CF 227, §6º). Concorrendo o companheiro sobrevivente com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, portanto, se a maioria da prole for comum, o companheiro deve receber, proporcionalmente, quantia que se aproxima da parcela destinada a cada filho. E, se for maior o número de enteados, menor o quinhão do companheiro.

Como visto, o tema não encontra solução legal, cabendo à doutrina e ao Poder Judiciário determinar o melhor caminho para essa situação. Os posicionamentos estão aí, e como se percebe, não há unanimidade de entendimento.

2.3 O companheiro em concorrência com outros parentes sucessíveis

Prossegue-se no estudo do art. 1790 do Código Civil, logo após ter-se visto a concorrência do companheiro com os descendentes. Assim, na ocasião de estes não existirem, dá-se a aplicação do inciso III do referido Diploma, de modo que o companheiro concorrerá com “outros parentes sucessíveis” e herdará um terço da herança.

Diferentemente do que ocorre na sucessão do cônjuge, o companheiro sobrevivente, na ausência dos descendentes e dos ascendentes, não recolherá a totalidade da herança, como acontecia quando em vigor a Lei 8791/94, que estipulava em seu art. 2º, III: “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

Pela redação do art. 1790, III, do Código Civil, ele participará da sucessão, mas concorrendo com os “outros parentes sucessíveis”, que são os colaterais até o quarto grau. Percebe-se, pois, ser evidente o agravamento de sua condição, desigualmente do ocorrido com o cônjuge no novo Código Civil, que teve sua condição amplamente melhorada.

Sobre essa disparidade de tratamentos, Ana Luiza Maia Nevares (2006) ajuíza que, ainda que a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários tenha sido uma medida positiva operada pelo Código Civil de 2002, por não ter havido simetria com relação ao companheiro, que só recebe por herança os bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, e em concorrência legal com os colaterais, houve um desequilíbrio no sistema, bem como retrocesso social ao tratamento conferido ao companheiro.

E, da mesma forma como na concorrência do companheiro com os descendentes, em não havendo bens comuns amealhados durante a união estável, o companheiro nada receberá de herança do *de cujus*, pois a herança será deferida aos

ascendentes ou, até mesmo, aos colaterais até o 4º grau (DINIZ, 2013). Nessa última hipótese, percebe-se nitidamente a imperfeição com que o Código Civil tratou os companheiros no art. 1790.

Maria Berenice Dias (2008, p. 70), no trecho abaixo, expressão sua opinião:

“O companheiro só faz jus à integralidade da herança quando não há nenhum outro herdeiro legítimo (CC 1790 IV). Basta a existência, por exemplo, de um único primo para a herança se transferida a ele. A sorte é que o primo não fica com tudo. Em face do direito de concorrência, o companheiro recebe um terço da herança e dois terços ficam com o parente colateral de quarto grau (CC 1790 III). O resultado da aplicação desta regra é totalmente absurda, pois gera o enriquecimento injustificado dos parentes em detrimento do companheiro”.

Sílvia Rodrigues (2007, p. 119), no seu livro de direito das sucessões, avaliou tal disparidade de tratamentos da seguinte forma:

“Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento”.

Como visto, quanto à parte constituída durante a união estável, o companheiro herda um terço, em conformidade com o art. 1790, III, do Código Civil. Assim, resumidamente, receberá, em concorrendo com ambos os genitores do falecido, 1/3 dos bens comuns, enquanto cada um dos ascendentes receberá 1/3 dos comuns e mais a integralidade dos bens particulares do filho falecido. Já concorrendo com somente um genitor, este receberá 2/3 dos bens comuns e mais o total dos bens particulares, enquanto ao companheiro restará somente 1/3 dos aquestos (DIAS, 2008). Acrescenta-se, ainda, que “mesmo quando os ascendentes forem de graus mais distantes (avós ou bisavós do falecido), permanece igual o direito do companheiro, independente do número de ascendentes” (DIAS, 2008, p. 181).

Maria Helena Diniz (2013), sobre essa posição de desvantagem do cônjuge, faz um comentário ousado acerca da ideologia do legislador, afirmando que, em concorrendo com outros parentes sucessíveis, ao companheiro tocará 1/3 da herança, para que não fique em posição superior à do cônjuge.

2.4 O companheiro como único sucessor

Por fim, na hipótese de não haverem parentes sucessíveis, e somente nessa hipótese, terá o companheiro direito à totalidade da herança, nos termos do art. 1790, inciso IV do Código Civil.

Ainda assim, embora essa seja a previsão legal, discute-se, porém, se o inciso IV está relacionado ao “caput”, ou seja, se essa totalidade da herança mencionada no inciso está relacionada apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável ou não.

Por exemplo, Zeno Veloso (2008) doutrina que, na falta de parente sucessível, o companheiro sobrevivente teria direito apenas à totalidade da herança no que atina aos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, pois o restante seria do Poder Público, por força do art. 1844 do CC, cumprindo-se a determinação do caput o art. 1790. Assim, para ele, a determinação do art. 1844 de “não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível [...] esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal”, está intimamente ligada à capacidade de ser herdeiro, e como o companheiro não o é em relação aos bens particulares, nessa hipótese também não estaria ele apto a herdar.

Para Maria Helena Diniz (2013. P.174), no entanto, a herança vacante constitui hipótese em que ocorre abertura da sucessão sem existência de herdeiro e, sendo o companheiro um herdeiro regular, ainda que “sui generis”, não se trata de hipótese de vacância. Para ela, portanto, não havendo parentes sucessíveis ou havendo renúncia destes, o companheiro herdará a totalidade da herança, no que atina aos adquiridos onerosa e gratuitamente, antes ou durante a união estável, amparando-se o companheiro sobrevivente, em consonância com o art. 5º da LINDB.

Rizzardo (2011a, p. 834) posiciona-se com Zeno Veloso, concluindo:

“Tais patrimônios – o formado antes da união e o recebido durante a sua vigência por herança ou doação – não são transmitidos, nas proporções assinaladas, ao companheiro ou à companheira sobrevivente. Vão para os outros herdeiros, ou constituem a herança jacente, se inexistentes parentes sucessíveis”.

Também é esse o pensamento de Giselda Hironaka (2005, p. 71):

“Por fim, na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivente poderá amealhar a totalidade dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, segundo o que determinam o inciso IV e

o caput do art. 1790 do CCB/2002. Assim, quanto aos bens particulares do falecido, inexistindo parentes sucessíveis, serão os mesmos entregues ao Poder Público, em detrimento do companheiro supérstite”.

Francisco José Cahali também defende a concorrência do companheiro até mesmo com o poder público:

“Não havendo parentes sucessíveis, agora sim, o companheiro sobrevivente recebe a integralidade da herança (art. 1790, IV). Porém, mesmo nesta situação poderá haver concorrência na sucessão do falecido. É que a totalidade da herança a que se refere o inciso é aquela prevista no caput, ou seja, limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Assim, sendo maior o patrimônio do falecido, aqueles bens não contemplados no caput serão tidos como herança jacente. Daí falar-se em “concorrência” do companheiro sobrevivente até mesmo com o Poder público, e neste particular a procedência das duras críticas da comunidade jurídica à inovação legislativa” (2007, p. 182-183).

Ana Luiza Maia, por sua vez, tem o mesmo posicionamento que Maria Helena Diniz, e ensina que “como já afirmado, pode-se aplicar nesse caso, o art. 1844 do Código Civil, evitando a vacância dos bens em relação aos quais o companheiro não estaria autorizado a suceder, consoante o caput do art. 1790” (2006, p. 153). Assim, percebe-se que o art. 1844 é considerado por ambas as correntes, e com interpretações distintas quanto à determinação do *caput* do art. 1790 do Código Civil.

Ressalta-se, porém, que soa absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à do Estado. Ao se interpretar o art. 1790 apenas de acordo com seu caput, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdar, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável, o que é totalmente incompatível com a realidade social brasileira.

2.5 O direito real de habitação do companheiro

Embora o direito real de habitação do cônjuge seja assunto que não incite controvérsia, porque fora tratado no art. 1831 do Código Civil de 2002, o direito real de habitação do companheiro é assunto polêmico. O artigo 1790 do Código Civil, que estabelece os direitos sucessórios dos companheiros, não menciona tal instituto. Além disso, o art. 1831, que conferiu tal direito aos companheiros, usa expressamente a expressão “cônjuge sobrevivente”, não abarcando, portanto, os companheiros.

Contudo, ao se fazer uma análise histórica e social do direito real de

habitação dos companheiros, é possível se chegar a uma conclusão diferente, ou seja, no sentido de se considerar que tal direito também exista para as uniões estáveis.

Com a Lei 9278, de 1996, o direito real de habitação foi dado ao companheiro supérstite, no art. 7º, parágrafo único: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

Sobreveio, então, o Código Civil de 2002, que no art. 1790 do Capítulo denominado "Disposições Gerais", do Título "Da sucessão em geral", dispõe sobre o direito sucessório dos companheiros. Ocorre que a nova lei não revogou expressamente as anteriores de 1994 e 1996. Ademais, por não disciplinar a matéria referente a direito real de habitação ao companheiro, pode-se entender que não houve revogação tácita do art. 7º da lei 9.278, uma vez que ele não é incompatível com o CC/02. A dúvida restaria, portanto, sobre ter ou não o Código Civil regulado inteiramente o direito sucessório dos companheiros, de modo a se avaliar a existência ou não da terceira modalidade de revogação prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Para Maria Helena Diniz (2013), diante da omissão do CC, o art. 7º, parágrafo único, daquela Lei está em vigência, por ser norma especial. Trata-se de caso de antinomia de 2º grau, ou seja, um conflito entre norma anterior especial (Lei 9278/1996, art. 7º, parágrafo único) e norma posterior geral (CC, art. 1831), para qual valeria o metacritério: “lex posterior generalis derogat priori speciali”, prevalecendo a especialidade (princípio).

Para Francisco José Cahali (2007), houve revogação, por incompatibilidade com a nova Lei. Para Zeno Veloso (2005), trata-se de silêncio eloquente do CC, que teve a intenção de excluir o direito real de habitação o convivente, e não haveria lacuna suscetível de preenchimento por analogia. Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 189), também teria havido revogação:

“Restaram, porém, tacitamente revogadas, as Leis nº 8971/94 e 9278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do CC/02, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1723 a 1727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1694)”

Todavia, feitas essas considerações, ainda persiste a questão do princípio da vedação de retrocesso. Nesse sentido, ao retirar-se o direito real de habitação do companheiro se estaria incorrendo em inconstitucionalidade. Zeno Veloso, sobre tal assunto, avaliou:

“O problema se mostra mais grave e delicado se considerarmos que o novo Código Civil nem fala no direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, ao regular a sucessão entre companheiros, deixando de prever, em outro retrocesso, o benefício já estabelecido no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9278/96” (2005, p. 243).

Por fim, importante destacar que na I Jornada de Direito Civil, aprovou-se o enunciado 117, referente ao art. 1831 do Código Civil e a essa polêmica de haver ou não direito real de habitação para os companheiros: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”.

Assim, ainda que tal assunto não seja pacífico, identificam-se alguns pontos importantes, como a falta de previsão de tal matéria no Código Civil, a discussão se haveria retrocesso social com tal falta de previsão e a ocorrência ou não de revogação das leis anteriores que regulam tal tema.

3 DIREITO SUCESSÓRIO E INCONSTITUCIONALIDADES NO CC/02

3.1 O casamento e a união estável como entidades familiares

Com a constituição de 1988, o conceito de família passou a abarcar uma maior quantidade de situações, ocorrendo, por exemplo, a promoção da união estável à categoria de entidade familiar em nosso ordenamento jurídico (art. 226, § 3º, da Constituição Federal). O art. 1723 do Código Civil também estabeleceu que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O casamento e união estável são, portanto, duas instituições previstas no ordenamento jurídico brasileiro que se inserem num contexto de família. E, segundo Paulo Bonavides (2000), a família é um direito social fundamental constitucionalmente assegurado, seja sob um aspecto de direito subjetivo traduzido no direito de constituir uma família, seja sob um ponto de vista de garantia, mediante a sua proteção enquanto constituição (p. 499 – curso direito constitucional de 2000).

A família, dessa forma, por constituir um direito social, um instituto social, é figura variável ao longo do tempo, que se modifica com a localização, com o tempo e com a cultura de determinada sociedade. Nesse sentido, percebe-se que não ocorreu tão somente uma constitucionalização de uma nova entidade familiar, mas toda uma mudança estrutural vem ocorrendo.

A noção de família é, portanto, variável. E, atualmente, é concebida, dentro da segurança constitucional, como uma instituição igualitária, democrática e plural, dando-se proteção a qualquer modelo de vivência afetiva. Não se trata mais de uma comunhão pelo casamento. A família é, em verdade, uma estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.10).

Sobre as evoluções sociais decorrentes dos processos de relacionamentos humanos, Maria Berenice Dias (2008), com clareza, reforça: “é necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade”. Na mesma linha está o pensamento de Zeno Veloso (2009), que aponta

que as famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dado às famílias matrimonializadas.

Assim, verifica-se que o casamento não é a única entidade familiar, e que o afeto, que decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, pode ser a característica marcante e mais importante dos vínculos familiares. Os vínculos consanguíneos, como se observa, não se sobrepõem necessariamente aos laços afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência destes sobre aqueles (MADALENO, 2008, p. 66).

Nessa lógica, a união estável representa uma união afetiva da mesma maneira que o casamento, como Rizzardo (2011a, p. 815) bem demonstra:

“A palavra ‘união’ expressa ligação, convivência, junção, adesão; já o vocábulo ‘estável’ tem o sinônimo de permanente, duradouro, fixo. A expressão corresponde, pois, à ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão material e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento”.

É cediço, pois, que é o princípio da afetividade que rege as relações humanas. Por conseguinte, sendo a união de duas pessoas a consagração do encontro, não há motivos para que se priorize o vínculo matrimonial em detrimento à união estável. Nas duas formas, o cônjuge e companheiro têm a mesma função de esteio familiar juntamente com o outro consorte, respeitando os deveres de lealdade, respeito, assistência, para a plena comunhão da vida (SANTOS; RUVIARO; KESSLER, 2013).

Guilherme Calmon (2005, p. 22) destaca que para propiciar efetiva tutela às situações jurídicas existenciais, a ordem jurídica passou a valorizar aqueles que apresentam maior intensidade de vínculos: “Daí inclusive a proteção às famílias fundadas na união estável formada entre os companheiros (art. 1790) e a desproteção às famílias fundadas no casamento em que haja separação de fato (1830)”. Sobre a mudança do ordenamento jurídico, ensina que:

“Tal mudança reflete, exatamente, o giro que o ordenamento jurídico brasileiro apresentou em 1988 com a despatrimonialização, a repersonalização do Direito Civil e, ao mesmo tempo, a desbiologização e a dessacralização dos vínculos familiares. Trata-se da valorização do “ser” em detrimento do “ter” ou, em outras palavras, o reconhecimento” (GAMA, 2005, p. 22).

A consagração do Princípio da Afetividade veio como corolário lógico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base neste princípio, amplia-se o conceito de família, percebendo-se simplória a concepção baseada somente no

casamento. O Direito como fenômeno social, histórico e cultural, passa a admitir a união estável e a monoparentalidade como formas de constituição familiar, dispensando maior relevância ao sentimento dos seus membros (DIAS, 2011).

Mas esse é o entendimento atual. O que se verifica historicamente, e ainda com resquícios no atual ordenamento brasileiro, como já se mostrou e se mostrará, é que o instituto da união estável esteve sempre em desvantagem, quando comparado com o casamento, tendo só recentemente adquirido a condição de entidade familiar.

O Código Civil de 1916 não reconhecia a comunhão de vida informal entre duas pessoas como entidade familiar. No entanto, era inegável sua existência fática, tanto que existiram diversas demandas judiciais em que fora pleiteado o reconhecimento dos direitos sucessórios de um dos companheiros em relação ao outro. E o Supremo Tribunal Federal se manifestou diversas vezes sobre tal assunto. De suas reiteradas decisões no sentido de afastar o enriquecimento ilícito, surgiu a Súmula nº 380, de 1964, cuja redação se apresenta a seguir: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Com esse avanço, começaram a surgir leis em benefício dos companheiros, ainda que o campo sucessório, que havia sido abordado pela súmula supracitada, tenha permanecido curiosamente inalterado. No entanto, com o advento da Constituição de 1988, que promoveu a união estável à qualidade de entidade familiar, houve mudança de cenário, com o companheiro passando a ter direitos de herança em decorrência da união estável.

Assim, surgiu a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que disciplinava os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão. Observe-se o art. 2º dessa Lei:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Esse foi o primeiro diploma a fornecer elementos para caracterizar a união de fato e a conceder direitos sucessórios aos companheiros. Vigorou até 10 de maio de 1996, quando a lei 9.278/96 trouxe inúmeras alterações no regime sucessório na união estável, com o fito de regular o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, reformulando-se tanto o conceito de união estável como os direitos dela decorrentes.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, modificaram-se novamente as regulamentações dos companheiros quanto ao seu direito sucessório. Esperavam-se melhorias legislativas, uma vez que o instituto da união estável havia ganhado maior projeção e o amadurecimento doutrinário a respeito do assunto já havia ocorrido. Contudo, sabe-se que o novo Código Civil, ainda que tenha entrado em vigor somente em 2003, é fruto de um projeto de 1975 e, por conseguinte, o paradigma que este possui acerca de família ainda encontra-se muito atrasado, tendo ele reproduzido, portanto, situações sociais e jurídicas há muito distanciadas da realidade.

Há que se considerar, ainda, que o casamento é rito formal e minuciosamente previsto no Código Civil, trazendo, dessa forma, maior segurança para as relações com terceiros. De acordo com Ana Luiza Maia Nevares, esse é o fundamento da facilitação da conversão das uniões em matrimônio e a aceitação de efeitos civis emanados de casamento religioso; o que não significa, todavia, que haja uma supremacia axiológica das entidades (NEVARES, 2006).

E, realmente, não poderia haver supremacia axiológica. Família é um conceito que envolve, sobretudo, afeto. Assim, ao se discriminar um modelo de família meramente por questões de formalidade, estar-se-ia indo contra o sentido do próprio instituto. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010), é inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Isso também porque a Constituição não faz qualquer diferença entre as espécies de famílias, protegendo todas. Ao acolher as expectativas da sociedade na

tutela das relações familiares, o legislador constituinte procurou alargar o conceito de família, contemplando uma nova concepção familiar, calcada na diversidade das entidades familiares (§§ 2º, 3º e 4º do art. 226). Dessa forma, não se pode admitir que o intérprete faça diferenciação discriminatória, escolhendo proteger mais a uma do que outras.

Considerando-se a união estável uma entidade familiar tanto quanto o casamento o é, não haveria razão para fazer-se distinção entre um e outro instituto, como o faz o Código Civil. Distingui-los seria criar uma desigualdade de tratamento entre um e outro instituto, que têm, do ponto de vista moral e legal, a mesma dignidade na sociedade brasileira.

Diante desse impasse, Venosa (2009) entende que frente às imensuráveis transformações que sofreram e sofrem o indivíduo, não pode a família hodierna permanecer atolada a um modelo estanque centrado em uma união eminentemente econômicas e reprodutoras, livre da expressão de afeto, solidariedade e comunhão da vida. E, nesse sentido, Palermo (2007, p. 90-91) conclui: “Deve-se abolir qualquer regra que ocorra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família”.

Então, como se confere, o Código Civil é um diploma atrasado no que diz respeito ao tratamento dos direitos sucessórios dos companheiros, promovendo uma distinção ilógica entre entidades bem consolidadas em nossa sociedade, que são o casamento e a união estável. Para registrar melhor os equívocos legislativos, verificar-se-ão, a seguir, princípios constitucionais aplicáveis ao direito sucessório e, então, apontar-se-ão algumas inconstitucionalidades do CC/02 referente à sucessão causa mortis.

3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao direito sucessório

Passa-se, agora, à análise de alguns dos principais princípios presentes em nossa constituição que estruturam o direito das sucessões. Basicamente, serão analisados os princípios da igualdade/isonomia, dignidade da pessoa humana, afetividade, solidariedade e vedação de retrocesso.

De início, acerca do princípio da igualdade, destaca-se que não se está

querendo defender que a situação jurídica da união estável é igual à do casamento. É evidente que o formalismo exigido em atos e efeitos derivados de uma relação matrimonial não se aplicam de forma análoga à união estável pela sua própria natureza.

Dessa forma, não se defende que casamento e união estável sejam institutos iguais, porque derivam de situações jurídicas diferentes. No entanto, como há igualdade afetiva em ambas as relações, que, inclusive, têm a mesma essência, a consequência deve ser a equiparação dos efeitos entre as duas entidades familiares, sempre que diferenciação para atender a algum fim específico não for necessária. O foco não se encontra mais na forma, mas no conteúdo. Como disse Ana Luiza Maia Nevares (2006), o primado não é mais o formalismo, mas a situação fática da comunidade familiar formada.

Como já se explanou outrora, é o princípio da afetividade que rege as relações humanas. Assim, sendo a união de duas pessoas a consagração do encontro, independentemente de formas, não há motivos para que se priorize um vínculo em detrimento de outro (SANTOS; RUVIARO; KESSLER, 2013).

Alexandre de Moraes (2013, p. 35), sobre o princípio da igualdade de direitos adotado na Constituição Federal de 1988, que prevê uma igualdade de aptidão, de possibilidades virtuais, de todos os cidadãos terem o direito a um tratamento idêntico pela lei, de acordo com critérios albergados pelo ordenamento jurídico, afirma que é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem. Alerta, contudo, que são vedadas diferenciações arbitrárias, discriminações absurdas.

Assim, lesa-se ao princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada. Os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (MORAES, 2012, p. 36).

E, como visto, a família, centrada no afeto, nos relacionamentos entre os indivíduos, que dela são o centro, independe de maiores formalidades. A família não

é mais um fim em si mesmo. Nessa percepção, inexistem razões para que se promova uma diferenciação no direito sucessório dos companheiros em relação ao dos cônjuges.

Salienta-se que o legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade (MORAES, 2012, p. 36). Alexandre de Moraes (2012, p. 35), quanto à incidência desse princípio sobre o Poder Legislativo, explica:

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas [...]”.

Atentando-se para o art. 1790 do Código Civil, percebe-se que ele coloca o companheiro em situação de desigualdade quando comparada à do cônjuge no art. 1829 do mesmo Diploma.

Em verdade, analisando-se meramente os incisos do artigo, o companheiro está em desvantagem plena, fruto de uma discriminação de um projeto de lei em desconformidade com a realidade. Mas, ainda assim, verifica-se que ele pode também estar em posição superior à do cônjuge. Isso ocorre, por exemplo, em alguns casos quando os companheiros constroem um grande patrimônio ao longo da união estável e o companheiro falecido não possuía muitos bens particulares. Nesse caso, além de mear no patrimônio comum, que é o mais volumoso, também dele retirará sua herança, ao passo que cônjuge herda, em alguns casos, apenas no patrimônio particular.

De acordo com o princípio da igualdade, verifica-se que o modo pelo qual o legislador tratou a questão relativa à sucessão dos companheiros, no atual Código Civil, em comparação com as pessoas que estão ligadas pelo laço matrimonial, não encontra critério algum de razoabilidade que justifique esta diferenciação, tanto que ora privilegia um sistema, ora privilegia o outro, razão por que referida norma deve ser considerada inválida.

Maria Berenice Dias (2008, p. 66), sobre a disparidade de tratamentos e sua relação com o princípio da igualdade, explica em que ponto ocorre o maior problema:

“A mais saliente afronta cometida pela lei é ao princípio da igualdade, ao promover o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto o companheiro não passa de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira

posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou primo sequer”.

Assim, a condição do companheiro de herdeiro legítimo apenas (e não necessário), analisada no tópico 2.1 deste trabalho, pode ser considerada a maior violação ao princípio da igualdade, que se mostrou totalmente esquecido pelo legislador do CC/02 nesse ponto, o qual, sem nenhuma razão plausível, estabeleceu distinções inconcebíveis para institutos tão parecidos. Como já dito, isso é fruto de um projeto legislativo antigo e ultrapassado. Por fim, só para não se fazer confusão, lembra-se a ressalva de que alguns autores consideram o companheiro como herdeiro necessário, mas estes compõem uma minoria, sendo que o próprio Código Civil não o coloca no devido rol.

Outro princípio importante e que demonstra a fragilidade do sistema implementado no Código Civil para o direito sucessório é o da dignidade da pessoa humana, que aparece como fundamento da república no art. 1º, inciso III. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 27), são figuras indissociáveis a dignidade e a condição humana, haja vista que a ausência ou destruição de uma implicaria inevitavelmente a extirpação da outra. A dignidade representaria, portanto, um valor intrínseco da condição humana.

É necessário, destarte, que seja a dignidade da pessoa humana assegurada no Código Civil, ainda mais que esse é um princípio esculpido em nossa constituição com grande destaque. Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 87), inclusive, esse princípio é o maior de nosso ordenamento:

“A Constituição tem como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual serve de norte ao sistema jurídico. Está consagrado já em seu preâmbulo, ao assegurar o direito à igualdade e à liberdade e garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Também pensa assim Rizatto Nunes (2010, p. 59), que diz que no atual Diploma Constitucional o principal direito fundamental garantido é o da dignidade da pessoa humana. E continua, dizendo que ela, a dignidade, além do primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, é o último arcabouço da guarida dos

direitos individuais. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo (DIAS, 2011, p. 88). Implica em um completo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2012, p. 19):

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se de um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

E ela, a dignidade, nasce com a pessoa. É inata, inerente à essência do indivíduo (NUNES, 2010, p. 63). Segundo Sarlet (2008), todos, mesmo o maior dos criminosos, merecem a mesma dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações como seus semelhantes, inclusive consigo mesmas.

Como observado, o princípio da dignidade da pessoa humana estrutura nossa sociedade. Ele impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeito, proteção e promoção de condições que viabilizem a vida com dignidade (GUERRA; EMERIQUE, 2013).

Assim, a dúvida que se põe é se o Código Civil, ao diferenciar as pessoas pelo modo como escolhem se relacionar, estaria ou não violando a dignidade de pessoas.

Com a ampliação do conceito de família, numa ótica em que o Direito é entendido como fenômeno social, histórico e cultural, passou-se a dar maior relevância ao sentimento dos membros da família que propriamente a ela (DIAS, 2011). Assim, ao se discriminar um modelo de família meramente por questões de

formalidade, estar-se-ia indo contra os próprios indivíduos, priorizando-se o instrumento, e não o fim, atentando-se, portanto, contra a dignidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2010). Como ensina Chaves (2011, p. 68), “trata-se de princípio que tem como essência a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, não devendo ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em virtude dos caracteres que lhe concedem individualmente e estampam sua dinâmica pessoal”.

Outra característica já bastante abordada nas entidades familiares é o afeto. E, como atributo fundamental, é um princípio que merece atenção especial. Consoante apresentado, as famílias são um fenômeno da sociedade e, como tanto, sujeitam-se às modificações da própria sociedade.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 93):

“Cada vez mais se valoriza as funções afetivas da família. Basta atentar a toda uma nova terminologia: filiação socioafetiva, dano afetivo, etc. E, na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os seus membros a família se transforma. Foi o afeto e o princípio da afetividade que trazem legitimidade a todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações da família são legítimas”.

Na esteira dessa evolução, o direito das famílias ingressou em uma nova ordem jurídica, em que se atribui valor jurídico ao afeto. Contudo, ainda que a constituição o tenha enlaçado no âmbito de sua proteção, a palavra “afeto” não consta expressamente do texto constitucional. Entende-se, mesmo assim, ter havido a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual (DIAS, 2011, p. 93).

Paulo Luiz Netto Lôbo (2003) explica essa constitucionalização, identificando quatro fundamentos essenciais para o princípio da afetividade: o primeiro seria a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 227, § 6º da CF; o segundo seria a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§ 5º e § 6º do art. 227 da CF); o terceiro seria a previsão do § 4º do art. 226 da CF, que prevê como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade; o quarto seria o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227).

Nessa linha, o afeto demonstra ser o principal fundamento das relações familiares. Assim, podemos afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana e que se está caminhando a passos largos no

sentido de se obter esse reconhecimento, tanto que na I Jornada de Direito Civil fora aprovado o Enunciado 108, que afirma: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva". E, seguindo essa tendência, a III Jornada de Direito Civil, que ocorreu em dezembro de 2004, aprovou o Enunciado 256, que nos traz que: "A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

Percebe-se, pois, o afeto como marco familiar, tanto nos relacionamentos de ascendente com descendente, como nos de companheiro e companheira. Como se sabe, admite-se a filiação socioafetiva e proíbe-se a discriminação entre filhos. Não há motivo algum para que essa distinção chegue aos níveis de convivência entre homem e mulher. O companheiro, portanto, devido a exercer a mesma função que o cônjuge em uma família, é merecedor de um tratamento isonômico. Se houver necessidade de se fazer alguma distinção, devido, por exemplo, as diferenças formais entre os institutos, que se faça, mas que não se discrimine onde não há diferença.

Por fim, um último princípio que se deve mencionar, e que tem um destaque importantíssimo para o entendimento das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil de 2002, ao estabelecer um sistema de diferenciações entre os regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, é o da vedação de retrocesso.

Neste sentido, já no preâmbulo da Constituição Federal, e sem entrar no mérito acerca da existência de força normativa do mesmo, já é possível encontrar a primeira referência a um dever estatal de assegurar os direitos sociais quando dispõe que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu para "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais".

O maior dos obstáculos ao reconhecimento da proibição ao retrocesso social é oposto pelo princípio democrático e a liberdade de conformação do legislador. A oposição que aquele princípio faz à proibição do retrocesso social ocorre até em maior medida do que a oposição que faz ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais.

Ocorre que para fundamentar a existência do princípio ora analisado não é preciso afastar nenhum dos argumentos acima expostos. É possível reconhecer a procedência de cada um deles e ainda assim defender a proibição ao retrocesso social

com base em outros argumentos constitucionais igualmente irrefutáveis, como o faz Luciano Roberto Bandeira Santos (2013, p. 3).

"Neste sentido, é possível construir uma argumentação que dê sustentabilidade ao princípio da proibição ao retrocesso fundamentada principalmente: a) na supremacia da Constituição; b) no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; c) na noção de inconstitucionalidade por omissão e de retorno a uma situação inconstitucional que já havia sido sanada pela regulamentação infraconstitucional de direitos fundamentais sociais; d) nos direitos fundamentais sociais e na vinculação do legislador aos direitos fundamentais; e) na noção de um conteúdo essencial mínimo a funcionar como baliza para a discricionariedade do legislador no que diz respeito à redução da concretização dos direitos fundamentais sociais; f) no princípio da proporcionalidade como baliza para a discricionariedade do legislador nas mesmas hipóteses; g) no princípio do Estado Social; h) no princípio da Segurança Jurídica e no princípio da Proteção da Confiança do Cidadão".

Alerta-se que discutir a existência de tal princípio ou não em nosso ordenamento não é proposta de tal trabalho, propondo-se, assim, sua existência, por estar inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988. Ele decorre do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

No Brasil, o desbravamento do princípio em estudo é atribuído a José Afonso da Silva (2007), para quem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, inobstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos. Logo, o autor reconhece indiretamente a existência do princípio da proibição de retrocesso social.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2007) descreve que, a depender da perspectiva adotada pelo intérprete, o referido princípio poderia ser considerado como o fundamento de normas constitucionais que protegem o cidadão contra atos retroativos do Estado, sendo que a evolução progressiva dos direitos sociais não pode ser livremente estagnada ou retrocedida pelo legislador (nem mesmo pelo constituinte derivado) ou pela administração pública.

Assim, pode-se conceituar a vedação ao retrocesso social como um princípio que deverá ser considerado pelo aplicador do Direito sempre que se pretender a diminuição ou supressão da eficácia já alcançada pelas normas constitucionais que preveem direitos sociais. Referido princípio irá operar sempre como uma força contrária à revogação ou modificação de leis que importem na diminuição ou supressão da medida de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Trazendo tal princípio para o direito sucessório, Giselda Hironaka (2009), quando se refere à lei 10.406/2002 (Código Civil), que diminuiu a amplitude dos direitos do companheiro sobrevivente, diz ter ela negado vigência à legislação anterior que regulamentou a norma constitucional programática do artigo 226 da Constituição de 1988. Desse modo, a doutrinadora diz que tal norma é inconstitucional por estar em desconformidade com um artigo da Constituição, caracterizando, ademais, verdadeiro retrocesso social.

3.3 As inconstitucionalidades do CC/02 referente à sucessão causa mortis

Uma vez analisadas as regras que sistematizam os direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros, observaram-se com detalhes as diferenças que perfazem os dois regimes. Feito isso, propôs-se o entendimento do casamento e da união estável como entidades familiares, na perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Logo após, deu-se início ao estudo dos princípios constitucionais mais importantes, a fim de que, agora, com o embasamento teórico devido, possam ser compreendidas as inconstitucionalidades em que o legislador ordinário incorreu na elaboração do Código Civil de 2002.

Segundo Maria Berenice Dias (2013), a legislação atual fere princípios constitucionais, impondo o perfil de uma família do início do século, uma instituição matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Estariam sendo, dessa forma, os vínculos afetivos e o sentimento de amor nos relacionamentos desprezados pela legislação.

A partir do momento em que Constituição Federal de 1988 proclamou em seu art. 226, *caput*, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e rompeu com os modelos constitucionais anteriores, buscando abandonar o

paradigma tradicional e patriarcal de família, de forma a não se divorciar da realidade fática do povo brasileiro, a legislação infraconstitucional não pode dispor na contramão.

O conceito apresentado no caput desse artigo nos traz uma cláusula geral de inclusão. Dessa forma, é o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal (FARIAS; ROSENVALD, 2010). Asseveram Cristiano Chaves de Farias e Rosenvald (2010, p. 429) também que:

“O exame da disciplina jurídica da união estável - assim como de qualquer outra entidade familiar- há de se realizar, necessariamente, à luz do balizamento constitucional, dependendo, sempre do atendimento ao seu elemento finalístico. Nessa ordem de ideias, toda e qualquer norma infraconstitucional, codificada ou não, deverá garantir a especial proteção aos componentes da união estável, sem discriminação, mas também sem privilégios, sob pena de incompatibilidade com a norma constitucional e consequente invalidade. Isto porque toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana- violando a ratio constitucional”.

Ana Luiza Maia Nevares (2006) faz uma crítica aos doutrinadores que sustentam ser o casamento entidade familiar superior. Para ela, “a concepção que preconiza uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares é inconstitucional” (NEVARES, 2006, p. 157). Nesse contexto, para ela, em que pese casamento e união estável constituírem situações diversas, não há razão para que os estatutos hereditários do casamento e da união estável sejam diferentes e discrepantes, pois ambas são famílias, base da sociedade, com especial proteção do Estado.

Dessa forma, em vista da impossibilidade de tutela sucessória diferenciada entre cônjuge e companheiro, conclui a autora (2006, p. 165): “Assim, na aplicação da lei, afasta-se a base de cálculo e o sistema de fixação de quotas da herança do art. 1790 do Código Civil de 2002 e a lacuna gerada será preenchida pela analogia com as disposições do cônjuge”.

E o constituinte, ao prever no § 3º do art. 226 da CF que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, não pretendeu criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares. Ao estabelecer que fosse facilitada a transformação das uniões estáveis em casamento, pretendeu que a aquelas pudessem ser

estendido o regime jurídico peculiar às relações formais. De fato, cada entidade familiar prevista na Constituição Federal possui peculiaridades e regulamentações próprias, mas a lei não pode dispensar tratamento discriminatório em relação a qualquer das entidades familiares, pois, caso contrário, estar-se-ia violando o comando do art. 226, “caput”.

Contudo, o que se percebe é que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República, e que justifica a proteção de todas as entidades familiares, não foi consagrado pelo novo Código Civil. O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão em geral, em um único artigo com quatro incisos (art. 1790 do CC), configurando um tratamento diferenciado não somente perverso, mas também flagrantemente inconstitucional (DIAS, 2008).

Gama (2005, p. 22-23) compartilha da mesma opinião:

“A maior crítica que deve ser feita ao referido art. 1829 é a de não ter incluído o companheiro na ordem de vocação hereditária, deixando que a matéria fosse disciplinada no art. 1790 do texto codificado, ou seja, em parte completamente distinta daquela que envolve a ordem de chamamento dos herdeiros legítimos; desse modo, revela-se a permanência (sub-reptícia) de tratamento discriminatório relativamente ao companheirismo”.

Sobre essa inconstitucionalidade, Sílvia Rodrigues (2007, p. 119) assim se manifestou:

“Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quanto a família fundada no casamento (...). Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão. Não tenho dúvida em dizer que o art. 1790 terá vida muito breve, isto se não for alterado durante a vacatio legis do Código”.

Dando continuidade, antes de verificar as opiniões dos doutrinadores quanto aos principais princípios violados pelo Código Civil no tocante ao direito das sucessões, coloca-se abaixo a opinião de Rizzardo (2001b, p. 54) quanto aos dispositivos em si, apresentando a realidade criada pelo legislador:

“Quanto ao inciso II, entretanto, abre-se um tratamento discriminatório em relação ao casamento, atribuindo ao companheiro somente a metade do que couber a cada um dos descendentes só do autor da herança. Já em vista a

outros parentes sucessíveis – inciso III -, não importando o grau ou a classe, o companheiro participa de um terço da herança, enquanto no casamento ao cônjuge supérstite cabe igual porção se concorre com ascendentes em primeiro grau, sendo-lhe deferida a metade se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau – art. 1837. No pertinente à inexistência de parentes sucessíveis – inciso IV -, é incompreensível a diferença referente ao casamento, onde o cônjuge receberá o total da herança se não houver ascendente ou ascendente – art. 1838. Na união estável, têm prioridade os parentes em ordem inferior, significando a discriminação frente ao casamento, à toda evidência mais prestigiado”.

Assim, o Código Civil, ao tratar do direito sucessório na união estável, ao menos em cinco aspectos, trouxe inegável prejuízo ao companheiro sobrevivente: (a) não o reconheceu como herdeiro necessário; (b) não lhe assegurou quota mínima; (c) inseriu no quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais; (d) limitou o direito concorrente aos bens adquiridos onerosamente durante a união; e (e) não lhe conferiu direito real de habitação (DIAS, 2008, p. 65).

Como visto, o Código Civil de 2002 promoveu o cônjuge à condição de herdeiro necessário, enquanto o companheiro não passa de herdeiro legítimo. O cônjuge ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e dos ascendentes, enquanto o companheiro encontra-se no último lugar, só recebendo a integralidade da herança se o falecido não tiver nenhum parente: nenhum irmão, tio, sobrinho, tio-avô, sobrinho-neto ou primo sequer. Segundo Maria Berenice Dias (2008, p. 66), essa é a maior afronta cometida pela lei ao princípio da igualdade.

Diante da equiparação dada pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável, não pode a lei limitar direitos consagrados em sede constitucional, pois isso, além de configurar verdadeiro retrocesso social, representa diferenciações que revelam preferências do legislador, em desconformidade com o tratamento isonômico conferido pela constituição (DIAS, 2008, p. 66).

Zeno Veloso (2005, p. 249), com base no princípio da igualdade, diz:

“Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.

O tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial. Até que seja corrigido este equívoco, pela reformulação da lei, cabe ao juiz simplesmente deixar de aplicar as normas discriminatórias, reconhecendo sua inconstitucionalidade. Essa é a única forma de evitar que o equívoco legal traga prejuízos enormes às uniões que merecem especial proteção do Estado. Ainda bem que a jurisprudência vem se inclinando neste sentido (DIAS, 2008, p. 71).

Para Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2005, p. 138), que escreveu sobre a “Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo” na Revista Brasileira de Direito de Família nº 29, “o art. 1790 simplesmente não pode ser usado para tal concorrência sucessória, uma vez que o mesmo se nos afigura como gritantemente inconstitucional”. Para ele, o problema é que referido dispositivo, de modo geral, trata o companheiro de modo extremamente draconiano, em relação ao tratamento sucessório dispensado ao cônjuge, como se a família formada a partir da união estável tivesse sido considerada como família de segunda categoria, e em boa parte das situações o companheiro sobrevivente receberá menos do que receberia o cônjuge supérstite, em idêntica situação.

Dantas Júnior (2005, p. 141) conclui, por conseguinte, que o art. 1790 do CC ofende o texto constitucional, pois ofende o princípio da igualdade, nos seguintes termos:

“Como se vê, portanto, a nós parece que o art. 1790 é ofensivo ao Texto Constitucional, porque agride a igualdade da proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de família, uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer das espécies familiares sobre as demais. No entanto, também para os que entendem que na Constituição Federal está assegurada a superioridade da família originada no casamento, parece-nos que haveria essa mesma inconstitucionalidade, uma vez que há hipóteses em que a lei coloca o companheiro em posição superior à do cônjuge”.

Do mesmo modo, Zeno Veloso (2008) lamenta a redação do comando, lecionando que as famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira classe, de segunda ou terceira. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado, o quanto antes. O Código ficaria melhor, segundo o autor, sem essa excrescência.

Existem julgados que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau. Há ementas que sustentam, no entanto, a inconstitucionalidade de todo art. 1.790 do CC, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (TARTUCE, 2013).

Em assim considerando, se não há hierarquia entre as entidades familiares, o art. 1790 fere o princípio da igualdade. Além disso, deve-se considerar, sobre o tema, que o dispositivo é inconstitucional porquanto ele retira os direitos e vantagens anteriormente existentes em favor dos companheiros. Percebe-se, assim, outro motivo para a inconstitucionalidade do art. 1790, qual seja, sua afronta ao princípio da vedação de retrocesso.

Guilherme Calmon (2007, p. 27) defende, dessa forma, a inconstitucionalidade material do “caput” do artigo 1790 do CC, pois este retirou direitos e vantagens antes existentes em favor dos companheiros, quando deveria dar proteção especial para essas famílias, em evidente desobediência ao preceito constitucional do art. 206, “caput” e § 3º, e ao princípio da proibição de retrocesso social. Defende que o correto seria tratar, em igualdade de condições às pessoas dos cônjuges, da sucessão em favor dos companheiros. Nesse sentido, apregoa (2007, p.29): “A melhor solução será considerar, tal como analisada, a inconstitucionalidade do art. 1790, CC, e, desse modo, permitir a continuidade do art. 2º, inciso III, da Lei nº 8971/94, devidamente combinado com o art. 1829, CC, nos incisos I, II e III”.

Maria Berenice Dias (2011), na análise do assunto, também considera que o art. 1790 do CC produz verdadeiro retrocesso ao direito dos conviventes, direitos que já tinham sido consolidados em legislação infraconstitucional anterior, inclusive. E, tendo a Constituição Federal de 1988 rompido com o modelo exclusivamente matrimonializado de família, deferindo status de família à união estável, descabe qualquer tratamento discriminatório entre ambas as entidades familiares.

Com relação à inconstitucionalidade por violação ao princípio da afetividade, Zeno Veloso (2005, p. 249) questiona por que motivo privilegiar ao extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos de amor e afetividade, opinando:

“Sem dúvida, nesse ponto, o Código Civil não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem está em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido, que sustentou com ele uma convivência séria, sólida, qualificada pelo animus de constituição de família, que com o autor da herança protagonizou, até a morte deste, um grande projeto de vida, fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumba de destruir a obra legislativa que não segue os ditames do seu tempo, que não obedece às indicações da história e da civilização”.

Com base no princípio da afetividade e solidariedade, Maria Berenice Dias (2011, p. 190) esclarece que como o tratamento outorgado à união estável não pode ser mais perverso do que o imposto ao casamento, a solução que minimamente atende a elementar princípio ético é simplesmente abandonar este dispositivo legal e aplicar à união estável as regras que regem o direito de concorrência no casamento, apesar de sua regulamentação também deixar muito a desejar.

Fábio Ulhoa Coelho (2009) tem uma posição diferenciada acerca de quando haveria inconstitucionalidade nos direitos sucessórios dos cônjuges e companheiros. Para ele, diferentemente do que o disposto nesta pesquisa, um dos critérios de classificação das famílias é o que as distingue em constitucionais e não constitucionais. Na primeira categoria, estão as famílias mencionadas na Constituição Federal, que são as constituídas pelo matrimônio ou união estável e as monoparentais (art. 226 e §§ 3º e 4º); as demais são famílias não constitucionais.

A diferença entre essas duas categorias de família, para ele, diz respeito ao regime que a lei pode adotar ao estabelecer os direitos e obrigações dos seus membros. Quando é constitucional a família, a lei ordinária não pode diferenciar esses direitos e obrigações. Já se vier a disciplinar alguma família não constitucional, como, por exemplo, a constituída pela parceria entre pessoas do mesmo sexo, a lei ordinária poderá validamente atribuir aos seus membros direitos e obrigações diversos dos reconhecidos aos de uma família constitucional.

Para a superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil, Coelho (2009) sugere que se adote o princípio da prevalência da norma que dispensa (seja ao cônjuge ou ao companheiro) o melhor tratamento. Assim, o cônjuge titula os direitos sucessórios que a lei reconheceu ao companheiro, quando privilegiou este último; e o companheiro titula os direitos sucessórios atribuídos pela lei ao cônjuge, quando forem mais vantajosos.

Em outros termos, sempre que o Código Civil tiver tratado o companheiro de forma mais vantajosa que o cônjuge, será inconstitucional a norma que discriminou a família matrimonial; e quando tiver dispensado ao cônjuge tratamento mais benéfico que ao companheiro, a inconstitucionalidade atingirá a discriminação à família fundada na união estável.

Dessa forma, quanto às inconstitucionalidades do Código Civil, Fábio Ulhoa Coelho (2009) firma, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade do art. 1829, I, CC, porque libera ao cônjuge tratamento menos benéfico do que o do companheiro. É inconstitucional discriminar o cônjuge, na concorrência da primeira classe de familiares sucessíveis, em função do regime de bens porque o companheiro não foi assim discriminado.

O art. 1790, I, CC também é inconstitucional. Ele deve ser interpretado em conjugação com o art. 1832 do CC, para que seja respeitado o princípio da igualdade. Há inconstitucionalidade, novamente, no art. 1790, II, do CC, na parte em que reduz pela metade a porção hereditária do companheiro, quando concorre com herdeiros exclusivos do falecido, ou na hipótese de descendência híbrida. Como o cônjuge, nesse caso, tem direito a quota igual à atribuída aos descendentes, o companheiro deve ter idêntico tratamento.

Por último, Coelho (2009) ainda diz que é inconstitucional o art. 1790, III, do CC. Quando concorre com os ascendentes do falecido, o companheiro deve ter o mesmo tratamento do cônjuge, com direito à metade da herança, exceto no caso de concurso com o pai e a mãe do falecido. Ademais, não precisaria concorrer com os colaterais. Se o autor da herança não tinha descendentes nem ascendentes, o companheiro deve, a exemplo do cônjuge, herdar a totalidade da herança.

Em relação a essa última parte, o inciso III é ilógico quando traz para a sucessão, em concorrência com o companheiro, os parentes até o 4º grau. Esses, muitas vezes, nem conheceram o de cujus, ou ainda, se conheceram, não compartilharam a vida como fez o consorte, tendo direito a 2/3 da herança e mais a totalidade dos bens particulares. Ao companheiro, em absoluta afronta ao princípio da afetividade e dignidade da pessoa humana, ignorando-se completamente a noção atual de família instrumental, cabe 1/3 da herança, somente.

No tocante ao inciso IV do art. 1790, sendo que ao companheiro caberão apenas os bens percebidos dispendiosamente durante a convivência, quanto aos demais, haveria a injusta vacância da herança nos casos de ausência de ascendentes, descendentes e colaterais, preferindo-se o Estado ao companheiro, o que configura total absurdo. Nesse caso, como entendimento majoritário, vem-se concedendo os bens particulares ao companheiro na hipótese de inexistirem ascendentes, descendentes e colaterais, em atendimento aos princípios estruturantes do direito sucessório.

A superação das inconstitucionalidades em que incorreu o Código Civil, segundo Coelho (2009), deve mesmo ser buscada com o cônjuge e companheiro tendo sua situação melhorada, em detrimento dos familiares sucessíveis do falecido, porque, comparativamente com estes, deu maior contribuição para a formação e incremento do patrimônio objeto de sucessão.

Outra questão controvertida a respeito da sucessão do companheiro se refere ao direito real de habitação sobre o imóvel do casal, eis que o CC/2002 não o consagra expressamente. Todavia, apesar do silêncio do legislador, prevalece o entendimento pela manutenção de tal direito sucessório. Nesse sentido, o Enunciado 117 CJP/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88". Importante, aqui, contudo, é mencionar que pelo Código Civil, numa interpretação literal, ele não tem tal direito.

Como visto, alguns autores consideraram pela utilização dos dispositivos referentes ao cônjuge também para as sucessões decorrentes de união estável. Coelho (2009), por sua vez, defende a seleção da norma mais favorável que existe nos tratamentos dos cônjuges e companheiros e aplicação isonômica entre eles.

Mas, diferentemente da argumentação empregada por Coelho (2009), e seguindo a maioria dos doutrinadores já abordados, Paulo Luiz Netto Lobo (2003) considera que não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade

humana. E isso representa uma diferença com o posicionamento de Ulhoa (2009), pois este faz distinção entre famílias constitucionais e não constitucionais, conferindo tratamentos diferentes a elas.

O posicionamento de Emerson Chaves Motta (2009) em relação ao art. 1790 do Código Civil é de espanto, uma vez que o artigo é incoerente, mesmo que quisesse discriminar o companheiro:

Para o autor, a primeira impropriedade é percebida já da análise do “caput” quando em confronto com os artigos 1725 e 1829, ambos do CC. Este último menciona que o cônjuge concorre com os herdeiros na herança, atingindo os bens particulares deixados pelo *de cujus*, se casado sob o regime de comunhão parcial de bens. No entanto, o companheiro, unido sob o mesmo regime, não tem acesso àqueles mesmos bens, que tocam inteiramente aos demais herdeiros. Não há justificativa plausível, nem mesmo se admitindo que o legislador quis colocar, inconstitucionalmente, o companheiro em grau de inferioridade. Isso porque dependendo da situação formada, o cônjuge pode ser prejudicado pela disposição legal. Isso acontece quando o “de cujus”, casado sob o regime legal, não deixa bens particulares. Enquanto o companheiro vai ter direito à participação na meação do consorte, ao cônjuge só tocará a própria meação, que de direito já é sua antes mesmo do falecimento daquele outro.

E Motta (2009) continua, afirmando que a mesma impropriedade e insegurança acontece nos incisos I e II, que dispõem sobre a sucessão em concorrência com os descendentes, e não somente filhos como pretendeu o equívoco do primeiro inciso. O cônjuge, por depender do regime de bens adotado, pode não concorrer com os descendentes na herança, ao passo que o companheiro sempre concorre, mesmo que não tendo garantido o mínimo de um quarto quando filhos comuns.

A partir das situações apresentadas, pode-se perceber o terreno frágil que é a legislação, marcada pela inconstitucionalidade das regras sucessórias na união estável. As incertezas de como se proceder nos casos concretos advêm das injustiças com relação ao companheiro e ao próprio cônjuge, ora um, ora outro, dependendo da situação posta.

Sobre o tratamento confuso do Código Civil, Thatiana de Arêa Leão Candil (2012, p. 81) compartilha do mesmo entendimento que Emerson Chaves Motta

(2009), alertando que de acordo com as normas referentes ao direito sucessório, ora pode o companheiro ficar em uma situação mais benéfica que o cônjuge ou em uma situação de total desprestígio, tendo em vista as regras dos artigos 1829 e 1790 do Código Civil.

No intuito de reduzir tais incongruências, reunidos em Piracicaba, no interior de São Paulo, em novembro de 2006, os juízes das Varas da Família e das Sucessões do Interior de São Paulo deliberaram e formularam 54 enunciados para nortear suas decisões. Depois de extensos debates, dois terços dos participantes do encontro aprovaram os enunciados.

O enunciado 49 diz o seguinte: “O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima”.

Posta a inconstitucionalidade, ficou decidido pelo enunciado 50 que “a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação”.

Sabe-se, contudo, que tais enunciados não são leis. Percebe-se, pois, diante das incoerências do Código Civil, que muitas interpretações são possíveis com relação a esse tema, e que os magistrados e doutrinadores divergem na maioria das vezes. Torna-se necessário, dessa forma, uma reformulação do Código Civil no que diz respeito ao direito sucessório, haja vista que uma considerável quantidade de contradições no Diploma Legal. Nesse sentido, as novas alterações devem vir no sentido de atender às novas demandas sociais, e não tentando impor uma condição totalmente em contramão com a realidade, como ocorreu com o CC/02.

CONCLUSÃO

A disparidade de tratamento entre cônjuges e companheiros é uma questão histórica enfrentada pelo Direito Civil brasileiro. E não só histórica, mas também atual. Recentemente, mudanças legislativas ocorreram e, com elas, surgiram dúvidas, divergências doutrinárias e inconstitucionalidades, evidenciando-se a necessidade de um maior aprofundamento do tema. Em 1988, a Constituição reconheceu a União Estável como entidade familiar; logo após, em 2002, o Código Civil consagrou a conquista de um espaço privilegiado pelo cônjuge no direito sucessório, em detrimento do companheiro, que não adquirira os mesmos benefícios.

O interesse na pesquisa se deu pela existência de incoerências legislativas envolvendo alguns dispositivos do Código Civil na parte de Direito Sucessório, as quais acarretam contrassensos fáticos e injustiças sociais.

Após a análise dos aspectos sucessórios do cônjuge e do companheiro, observaram-se diversas críticas por parte da doutrina no tratamento dispensado pelo Código Civil de 2002 ao direito sucessório. Alguns autores consideram, em virtude de todos os motivos expostos, o artigo 1790 do Código Civil de 2002 como inconstitucional, seja por violação ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade ou da vedação de retrocesso.

Observou-se também nessa pesquisa uma visão diferenciada, pela qual o Código Civil, nas ocasiões em que trata o companheiro de forma mais vantajosa que o cônjuge, tem a inconstitucionalidade da norma que discriminou a família matrimonial; ao passo que quando tiver dispensado ao cônjuge tratamento mais benéfico que ao companheiro, a inconstitucionalidade atingirá a discriminação à família fundada na união estável. Nesses casos, adota-se o princípio da prevalência da norma que dispensa (seja ao cônjuge ou ao companheiro) o melhor tratamento.

O Direito deve ser pautado na valorização da pessoa humana. Nesse sentido, a sucessão do companheiro, definitivamente, não encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, pois não guarda relação com os princípios constitucionais estruturante do direito das sucessões.

Definir o papel do Direito nas sociedades, abstratamente consideradas, é discussão de cunho filosófico, político, e permite divergências. Há uma voz uníssona,

no entanto, que afirma estar a atuação do Direito adstrita a uma determinada sociedade, e somente a ela, devendo regulá-la e preservar suas características, estipulando regras para uma melhoria na qualidade de vida em geral.

Nesse sentido, os indivíduos precisam ter nas famílias um suporte para as suas conquistas, para o seu desenvolvimento. As famílias, portanto, não devem ser meio para a promoção de injustiças sociais, mas um lugar de apoio para a realização pessoal dos seus integrantes. É necessário, pois, adequar-se o direito à realidade social, a qual já há muito tempo está em descompasso com o direito sucessório previsto no Código Civil. Esse, aliás, é o caminho já delineado em nossa constituição.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 nov 2013.
- _____. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 27 nov 2013.
- _____. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 27 nov 2013.
- _____. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 27 nov 2013.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 nov 2013.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 6.
- CANDIL, Thatiana de Arêa Leão. **A união estável e o direito sucessório**. São Paulo: Boreal, 2012.
- CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.
- DANTAS JÚNIOR, Adelmiro Rezende. Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 29. Ano VII, Abr-Maio 2005, p. 138.
- _____. Sucessão no casamento e na união estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Casamento**: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_casamento_-_nem_direitos_nem_deveres,_s%F3_afeto.pdf>. Acesso em: 10 set 2013.
- _____. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **União Homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Concorrência Sucessória à luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 29. Ano VII, Abr-Maio 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE Lilian Márcia Balmant. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 09 out 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança, nos Direitos Brasileiro e Italiano. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 29. Ano VII, Abr-Maio 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**. Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTTA, Emerson Chaves. **A Sucessão do Companheiro Sobrevivente:**

inconstitucionalidade do novo Código Civil. Disponível em:

<<http://www.jusvi.com/artigos>>. Acesso em: 9 out 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.6.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge e do Companheiro no Código Civil de 2002: Uma Abordagem à Luz do Direito Civil-Constitucional.

Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 8, n. 36, Jun/Jul., 2006.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O cônjuge e o convivente no direito das sucessões**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

REIS, Raphael Silva. **Família e Sucessões**. Disponível em

<<http://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/civel/artigos/familia-e-sucessoes/3576-a-sucessao-na-uniao-estavel-a-inconstitucionalidade-do-art-1790-do-codigo-civil>>. Acesso em: 09 out 2013

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Bernardete Schleder dos; RUVIARO, Heloísa Missau; KESSLER, Márcia Samuel. **O Cônjuge e o Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro e a Violação ao Princípio da Equidade**. Disponível em: <http://www.unifra.br/professores/12020/artigo_IBDFam%20definitivo.doc>. Acesso em: 10 set 2013.

SANTOS, Luciano Roberto Bandeira. Princípio da vedação do retrocesso social. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22261>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164p.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 319 p.

TARTUCE, Flávio. **Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais**. Disponível em <<http://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/civel/artigos/familia-e-sucessoes/2608-da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-cc-e-suas-controversias-principais>>. Acesso em: 09 out 2013

VELOSO, Zeno. Do Direito Sucessório dos Companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Código Civil Comentado**. FIÚZA, Ricardo; SILVA Regina Beatriz Tavares da (Coord.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil**. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Sucessao.pdf>. Acesso em: 9 out 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 420p. v. 7

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos princípios específicos do direito das famílias**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2225332/artigo-a-importancia-dos-principios-especificos-do-direito-das-familias-por-renata-malta-vilas-boas>>. Acesso em: 10 set 2013.